

مجموعه

مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آيت الله يثربی «مدظله العالی»

«كتاب البيع»

شماره: (۱۷)

الأمر الثاني: إن المتيقن من مورد المعاطاة هو حصول التعاطي فعلاً من الطرفين، فالملك أو الإباحة في كلّ منهما بالإعطاء فلو حصل الإعطاء من جانب واحد لم يحصل ما يوجب إباحة الآخر أو ملكيته فلا يتحقق المعاوضة ولا الإباحة رأساً؛ لأنّ كلاًّ منهما ملك أو مباح في مقابل ملكية الآخر أو إباحته، إلّا أنّ الظاهر من جماعة من متآخري المتأخرین^١ تبعاً للشهيد في «الدروس»^٢ جعله من المعاطاة....

وربما يدعى انعقاد المعاطاة بمجرد إيصال الشمن وأخذ المثمن من غير صدق إعطاء أصلاً فضلاً عن التعاطي... ثم إنّه لو قلنا بأنّ الفرض غير المعتبر في العقد كال فعل في انعقاد المعاطاة أمكن حلّ المعاطاة من الإعطاء والإيصال رأساً ولا يبعد صحته مع صدق البيع عليه...^٣.

[١]

[١] ما يستفاد عن عبارته في هذا التتبّيّه تصوير المسألة إلى صور أربعة:
الأولى: حصول التعاطي من الطرفين فعلاً وصرّح بأنه هو المتيقن من مورد المعاطاة وتحقق الملك أو الإباحة لكلّ منهما بالإعطاء.
الثانية: تتحقق الإعطاء من جانب وطرف واحد من دون حصول شيء من الطرف الآخر.

١ . المحقق الثاني في حاشية الإرشاد (مخطوط): ص ٢١٧، والسيد المجاهد في المناهل: ص ٢٧٠، والشيخ الكبير في شرحه على القواعد (مخطوط): الورقة ٥١، وفي الجواهر: ج ٢٢، ص ٢٢٨.

٢ . الدروس الشرعية: ح ٣، ص ١٩٢.

٣ . كتاب المكاسب: ح ٣، ص ٧٤-٧٦

الثالثة: حصول الثمن والمثمن من دون صدق الإعطاء من الطرفين (أي لا إعطاء فعلي) كدخول العمام ووضع الفلوس في الكوز وأخذ الماء وبعض المحرّقات.

الرابعة: أن لا يتحقق شيء من الإيصال كإعطاء أصلًا، بل الحاصل مجرد المقاولة فقط، صرّح الشيخ الله بحصول الملكية أو الإباحة - على اختلاف المبني في المعاطة - بنفس حصول التعاطي من الطرفين وقال: بأنه هو المتيّقن من مورد المعاطة. وهذا ما يقتضيه مفهوم المفاعة ويصدق عليه البيع. ولا ريب في شمول العمومات الدالة على صحة البيع ولزومه.

إلا أن الملاحظة في كلام الشيخ هي أن القدر المتيّقن يثبت عند وجود إطلاق دليل في المقام وهو مع عدم دليل توقف مفهوم المعاطة على الإعطاء من الطرفين لا يفيد، مضافاً إلى أن المحقق الإصفهاني الله^١ قائل بعدم تقوّم المفاعة بالتقابل ووجود الطرفين، وما هو موضوع الحكم في الأدلة الشرعية في حق المعاطة هو البيع الفعلي في مقابل البيع بالقول، إلا أن التمسّك بالقدر المتيّقن لا بأس به إذا كان الدليل للحكم هو السيرة، فالأخذ بالمتّيقن من السيرة معمول ومتعارف.

وأمّا الصورة الثانية: فإنّه حكم بصحتها وإن لا يصدق عليه معنى المعاطة. ولكن هذا لا يقدح في جريان حكمها عليه بناءً على عموم الحكم لكلّ بيع فعلي (وزانه وزان البيع) فيكون إقاض أحد العوضين من مالكه

١ . حاشية كتاب المكاسب (لإصفهاني الله): ج ١، ص ١٠.

تمليكاً له بعوض أو مبيحاً له به. ثم أشكل فيما لو قصد الإباحة معللاً بأنه بعد عدم حصول الملك بها لا دليل على تأثيرها في الإباحة (أي الإباحة الحاصلة من جانب واحد) ثم نفى البعد عنه من جهة انعقاد السيرة عليها كقيامتها على المعاطة الحقيقي، أي المعاطة الحاصلة بين الطرفين.

وهكذا قال في الصورة الثالثة، أي حصول الثمن والمثمن من دون تحقق الإعطاء الفعلي من الطرفين وعلل بأن المعيار في المعاطة وصول العوضين أو أحدهما مع الرضا في التصرف.

كما قال أيضاً في الصورة الرابعة وهي ما لم يتحقق فيه الوصول والإصال، بل الواقع بينهما مجرد المقاولة على مبادلة شيء بشيء قائلاً: «لا يبعد صحته مع صدق البيع عليه بناءً على الملك وأماماً على القول بالإباحة فالإشكال المتقدم هنا آكده».

إلا أن هنا تقسيمات للموارد الأربعه ينبغي التأمل فيها ثم الحكم بتمامية المعاطة وعدمها في الأقسام المذكورة.

وأماماً الصورة الأولى: فهي تارة يتحقق الإعطاء من الطرفين بقصد التمليك ويترتب عليه الملكية من أول الأمر. وتارة إن ترتب الملكية موقوف على التصرفات المتوقفة على الملكية أو التلف والحاصل من أول الأمر هو الإباحة الشرعية.

وتارة يكون الإعطاء منهما بقصد الإباحة المالكية. ثم إنه يتفرع على الأول (أي الإعطاء بقصد التمليك) أن يكون الإعطاء من البائع إيجاباً لتمليك المثمن والإعطاء من المشتري تملكاً للثمن كالبيع بالصيغة، فيعد الإعطاء من الأول إيجاباً ومن الثاني قبولاً.

وقد يكون الإعطاء من (البائع) الأول تمليكاً والأخذ قبولاً ومن الثاني (المشتري) وفاءً بالثمن.

وعلى الجملة: تارة يكون الثمن كلياً وأخرى يكون الثمن شخصياً، ففي جميع الصور المفروضة لا إشكال في تحقق الملكية أو الإباحة سواء قلنا بأنّها تقييد الملكية أو الإباحة والدليل حديث السلطنة. وبعد التنزّل السيرة المسلّمة على صحة هذه المعاملة.

وأمّا الصورة الثانية: ففيها أيضاً تارةً يعطي المتعاقب إعطاءه والثمن يؤخّر إلى أجل معين نسبيّة، فالإعطاء يعدّ إيجاباً والأخذ قبولاً وذمّته مشغولة بالثمن وأخرى يعطي المشتري الثمن فيوجب ويكون المثمن في ذمة البائع إلى أجل ويكون البائع بأحده قابلاً والمشتري موجباً. وهذا بيع السلم. وتارةً أخرى: بأن يكون المعطى (بصيغة المفعول) هو الثمن وأحده بيعاً للمثمن (الذي في ذمّته).

وإشكال في الأخير بالصورة المذكورة (بأن يعدّ المشتري موجباً والبائع قابلاً) تقديم القبول على الإيجاب، مضافاً إلى أنه كيف يكون أخذ العوض بيعاً للمعوض مع أنه لم يتحقق إنشاء لا قولاً ولا فعلاً بالنسبة إلى بيعه؟ وللمحّق النائي كلام في المقام سنتعرّض إليه من إشكاله على عدّ الإعطاء من طرف واحد من مصاديق البيع الفعلي.

وأمّا الصورة الثالثة (ربما يدعى انعقاد المعاطة بمجرد إيصال الثمن وأخذ المثمن من غير صدق الإعطاء أصلًاً فضلاً عن التعاطي...)

صرّح الشيخ بأنّ المعيار في المعاطة وصول العوضين أو أحدهما مع الرضا في التصرف وذكر قبله مصاديق مثل الدخول في الحمام ووضع الأجرة في صندوقه بعد الاستحمام أو في مورد السقاء وبائع الخضرورات.

وفي هذا الفرض يحتمل أن يكون بيعاً معاطاتية كما في مورد البقال والسلقاء أو إجارة معاطاتية كما في مورد الحمام، واحتتمل أن يكون إباحة بالعوض، كما احتمل أن يكون بنحو التوكيل والإذن العام في التصرف، مع احتمال آخر وهو كون هذه الموارد معاملات خاصة غير معنونة بهذه العناوين المتعارفة من البيع والإجارة.

وما أورد على الشيخ - من أنّ مجرد الإيصال والوصول سبب لتحقّق المعاملة والبيع وأنّه غير صحيح معللاً بأنّ البيع عنوان قصدي موقوف على حصوله بالتسبيب والتسبيب والاعتبار والإبراز لا يمكن أن يعنيون بعنوان المعاملة والبيع - غير وارد؛ لأنّه وإن قال: إنّ مجرد إيصال الثمن وأخذ المثمن موجب لانعقاد المعاطة، إلا أنّه بينه في بيان المعيار وأنّه وصول العوضين مع الرضا في التصرف وهذا كاشف عن تحقق القصد منهم، مع أنّه يمكن أن يوجّه كلامه إما بالالتزام بأنّ المعاملات الفعلية يكون أوسع من المعاملات القولية؛ لأنّ في الفعلية يملّك صاحب المتعاقب ما يملّكه لكلّ من يدفع له الثمن، وإنما بأنّ الموارد المذكورة غير مندرجة في البيع وإنما هي مبادلات ومعاملات خاصة.

وأمّا الصورة الرابعة: وهي صورة المقاولة، والإنصاف أنّها مفهوم يبأين المعاملة نعم، لو كان في ضمنها إنشاء تملّك وإن لم يتحقق بالألفاظ الخاصة يعُدّ بيعاً عرفيّاً ولا بأس به.

وكيف كان، لا إشكال ولا مانع من حصول التمليل الفعلي بالإعطاء من الطرفين بأن يعدّ إعطاء المثمن إيجاباً وإعطاء الثمن قبولاً كما عليه المشهور، وأيضاً بصحّة الإنشاء بالإعطاء من الطرفين فعليه يتحقق الإباحة المالكية والتمليل والبيع.

وأما القسم الثاني: فعمدة الإشكال فيه ما أوضحته المحقق النائيني^١ وحاصله: أنّ الإعطاء من أحد الطرفين لا ينطبق على البيع أبداً، بل إنّما أن يكون مصداقاً للهبة المعاوضة، وذلك فيما إذا كان العوض معيناً كلياً أو جزئياً أو يكون مصداقاً للقرض وذلك فيما إذا لم يكن معيناً.

ولكن الإشكال فيما أفاده أولاً (من حيث الثبوت) إنّه لا مانع من اندراج كلّ فعل خارجي تحت كلّ عنوان من العناوين الاعتبارية، وذلك مثل المصادفة تحت عنوان البيع أو التسجيل والضبط في دفتر البلدية تحت عنوان الزوجية؛ لأنّ كلّ هذه العناوين يدور مدار الجعل والاتفاق من الطرفين، فما أفاده - «من أنّ المعاطاة ليست عبارة عن إيقاع كلّ مقوله بكلّ فعل اتفق مقارنته معها ... بل إنّما هي عبارة عن إيقاع كلّ مقوله بالفعل الذي يكون مصداقاً لتلك المقوله»^٢ - كما ترى.

وثانياً (من حيث الإثبات): لا شكّ في أنّ العرف يرى بعض الأفعال الخاصة إنشاء يتربّ عليه آثاره، مثل تقديم الخاتم للمرأة، فإنّه يعتبر إنشاء الزوجية، واسترجاعه يعتبر طلاقاً، وفي مثل البيع وبعد انقسامه إلى القولي

١ . المكاسب والبيع: ج ١، ص ١٩٩.

٢ . المكاسب والبيع: ج ١، ص ١٩٧.

والفعلي فهل يتحقق عند العرف بالإعطاء والأخذ مقارناً أو يتحقق مع الفصل بينهما؟ لا شك في تتحقق المعاطاة مع الفصل بين الأخذ والإعطاء عند العرف كما يتحقق بالمقارنة، والشاهد وقوع هذه المعاملة نسبيّة وكذا سلماً وسلفاً، فالملالك في انطباق العناوين على الأفعال الخارجية هو صيرورتها حقائق اعتبارية عرفية نعم، سلمنا احتياج الحقائق الاعتبارية إلى الإنشاء وهو يحتاج إلى الإبراز إما بالقول وإما بالفعل وكفى في تتحققه شيوخه عند العرف، فما أفاده النانيني رحمه الله - من أن التعاطي من جانب واحد... لا يكون مصداقاً للبيع - غير تام بعد قبول العرف ذلك وعد الأخذ والإعطاء مبرزاً للمعاملة والبيع الفعلي والمعاطاة... .

وثالثاً: إن ما أفاده من أن التسلیط مصداق للتملیک فيرد عليه: أن التسلیط تارة يؤثّر في التملیک على العین وتارة على المفعة وتارة على الانتفاع ولا يختص بأحدها إلا بالقصد فكذلك الحكم في الأخذ، فكما أن القول اللغظی يعدّ عند العرف والشرع فكما للملک، كذلك الأخذ بعد الإعطاء بقصد التملیک يعدّ قبولاً فعلياً عند العرف ويصلح لأن يكون مصداقاً لفک الملک عرفاً.

ورابعاً: أن ما أفاده - من «أن الإعطاء الواقع من أحد الطرفين لا ينطبق على البيع أبداً، بل إما أن يكون مصداقاً للهبة المعقودة وذلك فيما إذا كان العرض معيناً كأن يكون كلياً أو جزئياً أو يكون مصداقاً للقرض وذلك فيما إذا لم يكن معيناً...» - يرد عليه: أن الإعطاء والأخذ إذا لم يعدها قبولاً فلا يتم بهما عقد القرض ولا يجوز للأخذ أن يتصرف فيه، وإن تم بهما عقد القرض، فحقيقة القرض - على حسب رأيه - هو التملیک بشرط ضمان المثل أو القيمة فلابد

أن يملّك المقترض المثل أو القيمة من المال المأْخُوذ حين القرض حتّى يضمنهما، فإذا لم يصلح أن يكون الأخذ مصداقاً للقبول والتمليك فيكُفُّ يتمّ ضمان المقترض بالأخذ؟

وخامساً: إنّ قوله: إما أن يكون مصداقاً للهبة المعاوضة ... فيرد عليه: إنّ المفروض في المقام (المعاطاة) أنّ الطرف الأوّل أعطى بقصد تملّك العوض والمقابلة بين المالين، مع أنّ الهبة المعاوضة إما هبة بشرط العوض أو أنّها تملّك بإزاء تملّك آخر وكلّ منهما يحتاج إلى إنشاء مستقلّ، فلا يعقل أن يقع الإنشاء بقصد تملّك العوض ويتحقّق به الهبة المعاوضة، هذا. مضافاً إلى أنّه يستلزم (في المقام) أن يكون هذا التملّك إنشاء تملّك العين وإنشاء تملّك العوض بأن يكون الإنشاء الواحد سبباً لتمليكيّن والإنشاء الواحد لا يصلح لذلك، فالحقّ أنّ الهبة المعاوضة تملّك بشرط العوض لا تملّك بإزاء تملّك العين.

بقي الكلام في شبهة تقدّم القبول على الإيجاب وسبّحث عنه آنفًا والتزم الشيخ الله بالتفصيل بين قبول المشتري بقوله: (قبلت) وقال بأنّه غير جائز وبين قوله: (اشترت) وإنّه لا مانع منه.

وأمّا الكلام في القسم الثالث من المعاطاة وهو أن يتحقّق مجرد اتصال الثمن وأخذ المثمن من غير صدق الإعطاء وقد مرّ أنّ الاحتمالات أربعة: الأولى: أن يكون بيعاً معاطاتية كما في مثل بيع البقال والمسقاء أو إجارة كمثل الحمام.

الثانية: أن يكون إبادة بالعوض.

الثالث: أن يكون بنحو التوكيل والإذن العام في التصرّف.

الرابع: أن تكون هذه الموارد معاملات خاصة غير معنونة بإحدى العناوين المعروفة كالبيع والاجارة.

والفارق بين الوجهين الأولين: أنه بناءً على الأول يملك المشتري بمجرد الأخذ بقصد التمليلك، وبناءً على الثاني فإنه بمجرد الأخذ يباح له التصرف فيما أخذه دون أن يملكه؛ حيث إنّ في الأول قد أذن المالك بالإذن العام لبيع متعاه له يعرض له الثمن المعين فإنّ هذا الفعل هو المعاملة المعاطية، فأخذ المتعاق بقصد التمليلك وكالة عن المالك ثمّ دفع الثمن يكون من المعاطة.

ويمكن القول بأقربية هذا التوجيه لتأييده بالسيرة العقلائية القائمة على التمليلك والتمليلك دون الإباحة ويرتبون العقلاء عليه آثار البيع والشراء من انطباق عنوان البائع والمشتري وال الخيار والفسخ. ويشهد له قولهما في أنه بعت بكتاب أو اشتريته بذلك.

وأمّا القسم الرابع وهو المقاولة: فيما أنّ المقاولة لا تعدّ سبباً لفظياً وعملياً على البيع فلا أثر لها، إلا أن يقال بصدق عليه البيع عرفاً بناءً على القول بأنّ المعاطة تفید الملكية، وهو كما ترى. وأمّا بناءً على الإباحة فالإشكال آكد. ووجه الآكديه هو أنه لو التزمنا بأنّ المعاطة تفید الإباحة ما لم يتصرف في العين بالتصرّف المخرج فالإشكال واضح بعد عدم تحقق النقل أو الانتقال من الجانبيين.

والمهم: أنّ هذا الوجه غير صالح لجعل المقام موضوعاً للمعاطة.

الأمر (التبنيه) الثالث: تميّز البائع من المشتري في المعاطاة الفعلية مع كون أحد العوضين مما تعارف جعله ثمناً، كالدرهم والدنانير والفلوس المسکوكة واضح، فإنّ صاحب الشمن هو المشتري ما لم يصرّح بالخلاف.

وأمّا مع كون العوضين من غيرها فالشمن ما قصداً قيامه مقام المثمن في العوضية، فإذا أعطى الحنطة في مقابل اللحم قاصداً أنّ هذا المقدار من الحنطة يسوى درهماً هو ثمن اللحم، فيصدق عرفاً أنّه اشتري اللحم بالحنطة، وإذا انعكس انعکس الصدق، فيكون المدفوع بنية البدلية عن الدرهم والدنانير هو الشمن وصاحبها هو المشتري، ولو لم يلاحظ إلّا كون أحدهما بدلاً عن الآخر من دون نية قيام أحدهما مقام الشمن في العوضية أو لوحظت القيمة في كليهما: بأن لوحظ كون المقدار من اللحم بدرهم، وذلك المقدار من الحنطة بدرهم فتعاطياً من غير سبق مقاولة تدلّ على كون أحدهما بالخصوص بائعاً، ففي كونه بيعاً وشراءً بالنسبة إلى كلّ منهما: بناءً على أنّ البيع لغة كما عرفت مبادلة مال بمال والاشتاء ترك شيء وأخذ غيره، كما عن بعض أهل اللغة، فيصدق على صاحب اللحم أنّه باعه بحنطة وأنّه اشتري الحنطة فيحيث لو حلف على عدم بيع اللحم وعدم شرائه الحنطة.

نعم لا يترتب عليهما أحکام البائع ولا المشتري؛ لأنّ صراحتهما في أدلة تلك الأحكام إلى من اختص بصيغة البيع أو الشراء، فلا يعمّ من كان في معاملة واحدة مصداقاً لهما باعتبارين، أو كونه بيعاً بالنسبة إلى من يعطى أولاً لصدق الموجب عليه وشراءً بالنسبة إلى الأخذ؛ لكونه

قابلاً عرفاً، أو كونه معاطة مصالحة؛ لأنّها بمعنى التسالم على شيء؛ ولذا حملوا الرواية في قول أحد الشريكين لصاحبه: «لَكَ مَا عندكَ، ولِي مَا عندِي» على الصلح، أو كونه معاوضة مستقلة لا يدخل تحت العناوين المتعارفة وجوهه لا يخلو ثانيتها عن قوة؛ لصدق تعريف البائع لغة وعرفاً على الدافع أولاً دون الآخر، وصدق المشتري على الآخر أولاً دون الآخر، فتدبر^١ [١].

[١] ففي هذا التنبيه حاول الشيخ بيان ما يمكن التمييز بين البائع والمشتري في المعاطة. وإنما قيد في عبارته بالمعاطة الفعلية فلأنّ تمييز البائع عن المشتري في البيع اللفظي أو المعاطة بالمقاومة ممكن وواضح. وما هو الصعب هو التمييز بينهما فيما إذا كان كلاهما فاعلان وأفعالهما متشابهة غير معينة لأحد العنوانين.

ولذلك قسم الأمور الصادرة إلى صور:

ثارة يكون أحد العوضين مما تعارف كونه ثمناً، كما فيما كان هو الدرهم والدينار والأوراق المالية، فيدفعها لمن دفع إليه المتعاقب المعروض للبيع فيعدّ صاحب الدرهم و... مشترياً ودافع المتعاقب بائعاً.

وثارة لا يكون أحد العوضين مما يتعارف كونه ثمناً، كما إذا كان كلاهما متعاعماً، كالحنطة في قبال اللحم، أو كان كلاهما مما تعارف كونه ثمناً كالدرهم والدينار في مقابل الريال والدولار، فإن كان المقصود بأحدهما جهة خصوصية المتعاقبة وفي الآخر جهة المالية فهو أيضاً واضح؛ لأنّ ما قصد به

المتاعية فهو بيع و يعد دافعه البائع والآخر يعد مشترياً، كما إذا أعطى الحنطة في مقابل اللحم فاقصدان هذا المقدار من الحنطة يساوي درهماً هو ثمن اللحم.

وأما إذا لم يقصد إحدى الجهتين أو قصدا كلاهما خصوصية المتاعية؛ وهكذا قصدا أو لاحظا خصوصية المالية دون المتاعية؛ ففي هذه الصورة قد يتصور وجوه:

الأول: ما يمكن تعنون كلّ منهما بعنوان البائع والمشتري، وقد مرّ في بيان الشيخ ابتناء انتظام العنوانين على كليهما على تعريف البيع بمبادلة مال بمال (وحيث إنّ كلّ واحد منها يبذل ماله بمال الآخر بعد بائعاً) وأيضاً: تعريف الشراء من أنّ كلّ واحد منها ترك شيئاً وأخذ بغيره (وهنا أيضاً كلّ منها يترك شيئاً حينما يبادله بما تركه الآخر، فكلّ واحد منها بائع ومشتري) الوجه الثاني: أن يكون البائع هو الذي يدفع أولاً والآخر ثانياً هو المشتري؛ لكونه قابلاً عند العرف. ويدلّ عليه العرف ولغة أيضاً من صدق الموجب على الدافع أولاً وصدق القابل على الثاني وقد قوى الشيخ الله هذا الوجه.

الوجه الثالث: أن يكون معاطة مصالحة. وعلّل بأنّ معنى الصلح هو التسالم على شيء، ففي المقام يصدق أنّهما تسالما وتصالحا على الحنطة في مقابل اللحم ولاجل أنّ المصالحة في اللغة بهذا المعنى حملوا الرواية على الصلح (عن أبي جعفر عليه السلام أنه قال: في رجلين كان لكلّ واحد منها طعام عند صاحبه ولا يدرى كلّ واحد منها كم له عند صاحبه. فقال كلّ

واحد منها لصاحبه: لَكَ مَا عَنْكَ وَلِي مَا عَنِي، فقال: «لَا بَأْسَ بِذَلِكَ إِذَا تَرَاضَيَا وَطَابَتْ أَنْفُسَهُمَا»^١ فهذه الرواية محمولة على الصلح بمعنى التسالم.

الوجه الرابع: كون هذه المعاوضة معاملة مستقلة غير داخلة تحت العناوين المتعارفة، ولكنها صحيحة؛ لأن دراجها في عموم قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجْرَةً عَنْ تَرَاضٍ مَّنْكُمْ﴾.

قال السيد الخوئي عليه السلام: «لا شبهة في أنَّ الغرض من هذا الأمر ليس هو تمييز مفهوم البائع عن مفهوم المشتري؛ لأنَّهما من الأمور الواضحة ...، ولا أنَّ الغرض من ذلك هو تمييز أحدهما عن الآخر في موارد الشبهات المصداقية بأنَّ يوجد بيع معاطاتي في الخارج ولم يميّز فيه البائع عن المشتري من جهة الأمور الخارجية؛ بديهية أنَّ ذلك راجع إلى باب المرافعات ولا صلة له بالمقام، بل الغرض الأقصى من هذا الأمر إنما هو التعرّض لمفهوم البائع والمشتري سعة وضيقاً لكي يتوضّح مقدار صدقهما وقد سُمِّي المصنف عليه السلام أشباه ذلك في أول كتاب الطهارة بالشبهة في الصدق ومرجعه في الحقيقة إلى الشبهة المفهومية»^٢.

فعليه يلزم بناء البحث عن حقيقة البيع والشراء ثبوتاً وقد مرَّ أنَّ البيع والشراء من الأمور القصدية الاعتبارية الإنسانية، وهما يتميّزان في مقام

١. وسائل الشيعة: ج ١٨، ص ٤٤٥؛ كتاب الصلح: ب ٥، ح ١.

٢. مصباح الفقاهة: ج ٢، ص ١٧٣.

الثبوت باعتبار المعاوضية والمثمنية في طرف البيع وباعتبار العوضية والمثمنية في جانب الشراء بعد كون حقيقة البيع هي تبديل طرفي الإضافة أو تملك العين بالعوض، وهمما عنوانان اعتباريان قصديان يمكن إنشائهما بالفعل كما يمكن باللفظ، كما أنّ حقيقة الاشتاء هي قبول تبديل طرفي الإضافة أو تملك العين بالعوض.

بعد وضوح ما يتقدّم به البيع والشراء وأنّهما أمران قصديان اعتباريان وليسما بأمر قهري خارجي يتّضح وجه اختلاف العقود باختلاف الاعتبارات، فإذا اعتبر الملكية من دون ما يقابلها من العوض فهو هبة وإن اعتبرها مع العوض فهو بيع، وإن اعتبر التسالّم فهو صلح وهكذا.

فحقيقة العقد إما التزام وقبول أو تملك شيء بعوض والقبول أو الالتزام المرتبط بالالتزام الآخر، فاللازم ملاحظة كيفية التزام البائع بالملك والمشتري بالتملك، فالتمييز في مقام الثبوت إنّما هو بالاعتبار والإنشاء وبالثمنية والمثمنية؛ لأنّ تمام المناط بالاعتبار والإنشاء.

فإتّضح أنّ تمييز البائع عن المشتري في مقام الثبوت يدور مدار الاعتبار والإنشاء. وإنماه: أنّ من أنشأ التملك يكون هو البائع ومن ينشأ التملك فهو المشتري.

ولا فرق في ذلك بين أن يكون الإنشاء بالقول أو الفعل، فكما أنّ البائع في المعاملات القولية هو منشئ التملك والمشتري من ينشأ التملك فكذلك في المعاملات الفعلية.

وأمّا في مقام الإثبات (وفي مورد الجهل بقصد التملك و التملك) فقد أفاد الشيخ رحمه الله بأنّ صاحب المتع يعُدّ بائعاً وصاحب الشمن أو ما تعارف

ثمنيه يعدّ مشترياً. ويدلّ على ذلك سيرة العقلاء من اعتبار صاحب المتع
بائعاً وصاحب الثمن مشترياً ولكن لا يؤيد ذلك مقام الثبوت؛ لأنّ المفروض
إنّا نجهل بقصد التملّك بالتناسب إلى الطرفين وأنّ أيّهما قصد ذلك
وأيّهما القابل. وصرف ابتداء أحدهما بالإعطاء لا ظهور له في التملّك ابتداء
كما لا ظهور في الإعطاء الثاني في القبول، هذا مضافاً إلى انتقاد ذلك بما
أعطياً معاً.

ومشكلة أخرى في المقام أشار إليها المحقق الإليرياني من أنّه إذا قلنا بأنّ
صاحب الثمن مشترياً لزم أن يكون كلاهما مشترياً في بيع الصرف.
فما قوّاه الشيخ الله من الوجوه لا يخلو عن الإشكال بل الإشكالات؛ لأنّه
مضافاً إلى ما قدّمناه يرد عليه: أنّه قد يتّفق عكس ما أفاده كما إذا كان المعطي
أولاً هو المشتري لا البائع، سواء كان الثمن من النقود أو الأجناس.
وأمّا التوجيه بأن يتعنون كلّ واحد منهمما بعنوان البائع والمشتري فهذا لا
يصح إلا بناءً على جواز استعمال اللفظ في أكثر من معنى واحد؛ حيث
يقصد بقوله: «بعث» مثلاً تملّك ماله بعوض وتملّك مال الآخر بعوض مع
أنّ الشيء الواحد لا يمكن أن يملك بوجهين، فلابدّ من إرادة أحد المعندين.
وأمّا الوجه الثالث الذي احتمله الشيخ الله يكون المعاوضة صلحاً
معاطاتياً؛ لأنّ معنى الصلح هو التسالم على الشيء فيصدق عليهم أنّهما

١ . حاشية المكاسب (للإليرياني الله) : ج ١ ، ص ٨٤ ..

تسالماً وتصالحاً على الحنطة في مقابل اللحم وكذا بالدينار في مقابل الدرهم. ويشهد لذلك الرواية المذكورة.

ولكن أورد عليه: بأن المراد من الصلح إن كان ما هو مصداقاً لمفهوم التسالم بالحمل الشائع فهو تام؛ لأن مفهوم التسالم أمر موسّع يشمل جميع العقود حتّى النكاح.

إلا أن المنشأ في كل عقد بدأ غير ما هو المنشأ في الصلح؛ بديهية أن كل معاملة وإن كانت لا تصدر إلا عن تسالم بين الطرفين على ملك المعاملة، لكنه غير عقد الصلح الذي يكون المنشأ فيه نفس عنوان الصلح، فكم فرق بين إنشاء الصلح وبين إنشاء معاملة وقع التسالم عليها من الطرفين نعم، إن نتيجة إنشاء الصلح بعقه قد يتتحد مع نتيجة بعض العقود الأخرى.

وإن كان المراد من الصلح ما هو إنشاء لمفهوم المصالحة التي يتميّز عن بقية العقود، فهو واضح البطلان؛ ضرورة أن التعاطي المزبور بعيد عن مفهوم الصلح وحقيقة.

وأما الرواية فهي تناسب الهبة المعاوضة.

فالمحصل: حصر العلاج إلى القول بالوجه الأخير وهو القول بكونها معاوضة مستقلة من غير أن يدخل تحت العناوين المتعارفة؛ لصحة اندراجها في عموم قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجْرِيَةً عَنْ تَرَاضٍ مَّنْكُمْ﴾.

الأمر الرابع: أنّ أصل المعاطة وهو إعطاء كلّ واحد منها الآخر

ماله يتصرّر بحسب قصد المتعاطيين على وجوه:

أحدها: أن يقصد كلّ منهما تملك ماله بمال الآخر فيكون الآخر في أخذه قابلاً ومتملّكاً يزاو ما يدفعه، فلا يكون في دفعه العوض إنشاء تملك، بل دفع لما التزمه على نفسه يزاو ما تملّكه، فيكون الإيجاب والقبول بدفع العين الأولى وقبضها، فدفع العين الثانية خارج عن حقيقة المعاطة. فلو مات الآخر قبل دفع ماله مات بعد تمام المعاطة. وبهذا الوجه صحّحنا سابقاً عدم توقف المعاطة على قبض كلا العوضين، فيكون إطلاق المعاطة عليه من حيث حصول المعاملة فيه بالعطاء دون القول، لا من حيث كونها متقومة بالعطاء من الطرفين. ومثله في هذا الإطلاق لفظ المصالحة والمسافة والمزارعة والمؤاجرة وغيرها. وبهذا الإطلاق يستعمل المعاطة في الرهن والقرض والهبة. وربما يستعمل في المعاملة الحاصلة بالفعل ولو لم يكن إعطاء وفي صحته تأمّل^١.

[١] قد مرّ منه (في الأمر الثاني) تتحقّق المعاطة بفعل الطرفين. وفي هذا الأمر بقصد بيان ما قصده المتعاطيان والفارق بينهما واضح؛ حيث صرّح الشيخ رحمه الله في صدر كلامه بأنه في مقام بيان تصوير المعاطة بحسب قصد المتعاطيين وقسّمه إلى أربعة أقسام:

الأول: هو أن يقصد كلّ من المتعاطيين تملك ماله بمال الآخر.

١. كتاب المكافئات: ج ٣، ص ٨٠.

الثاني: المقصود هو التمليك في مقابل التمليك، فالقصد الحقيقي هو المبادلة بين التمليكيين لا المملوكيين.

الثالث: المقصود هو إباحة المال بالعوض بأن يقصد الباذل أولاً إباحة ماله للأخذ بإزاء أن يملك الآخذ ماله إياه، فيقع المبادلة بين الإباحة والتمليك.

الرابع: المقصود إباحة مال في مقابل إباحة مال بأن يقصد كل من المتعاطفين إباحة ماله للآخر بإزاء إباحة الآخر ماله إياه، فيقع المقابلة بين الإباحثين.

أما القسم الأول: وهو المقابلة بين المملوكيين، فقد صرّح الشیخ الله بصحته؛ لشمول العمومات الدالة (كقوله تعالى: أحل الله البيع، تجارة عن تراض) على صحة البيع ولزومه، لما مرّ من عمومها للعقود القولية والفعالية، فالطبع تترتب عليه أحكام البيع وآثاره، فهو عقد فعلي وإن أشكل في إطلاق عنوان المعاطاة عليه؛ لأنّه على المفروض (أي التمليك بالعوض والأخذ بمعنى القبول وإعطاء الثمن بعد ذلك يعّد وفاءً بما التزم به على نفسه) لا دخل لإعطاء المشتري في حقيقة البيع ولذا صرّح بأنه لو لم يدفع المشتري الثمن لم يضرّ بملكية البائع، كما لا يضرّ بملكية الآخذ ولذلك لو مات الآخذ قبل دفع ماله مات بعد تمام المعاطاة؛ لأنّ دفع العين الثانية خارج عن حقيقة المعاطاة بمعنى تحققها وانعقادها.

وتوجيه الصحة مبني على ما قرر في الصرف من كثرة استعمال هيئة (فاعل) في المبدأ القائم بوحدة، كقوله: زيد طالع الكتاب أو هو خاطب

ال القوم، فيما ذكر صدق المعاطاة حقيقة وإن مال **الشيخ** الله وبعضهم على صدقها مسامحة أو اصطلاحاً.

وأما القسم الثاني (عبارة **الشيخ**): أن يقصد كلّ منهما تملك الآخر ماله بإزاء تملك ماله إياه، فيكون تملك بإزاء تملك، فالمقابلة بين التمليكن لا الملكين والمعاملة متقومة بالعطاء من الطرفين، فلو مات الثاني قبل الدفع لم يتحقق المعاطاة. وهذا بعيد عن معنى البيع وقرب إلى الهبة المغوضة؛ لكون كلّ من المالين خالياً عن العوض، لكن إجراء حكم الهبة المغوضة عليه مشكل؛ إذ لو لم يملكه الثاني هنا لم يتحقق التملك من الأول؛ لأنّه إنّما ملّكه بإزاء تملكه، فما لم يتحقق تملك من الثاني لم يتحقق تملكه، إلا أن يكون تملك الآخر له ملحوظاً عند تملك الأول على نحو الداعي لا العوض، فلا يقدح تخلّفه. فال الأولى أن يقال: إنّها مصالحة وتسالّم على أمر معين أو معاوضة مستقلّة)، انتهى^١.

[١] والفارق بين هذا القسم والقسم الأول: أنّه يتوقف تامة المعاملة هنا بالإعطاء والأخذ، فلو مات الآخر قبل المعاملة بخلاف القسم الأول، فإنه فيه يلزم على الورثة الوفاء بالعوض، ولهذا استبعد **الشيخ** عدّ هذا القسم من البيع؛ لاختصاص المغوض بالعين في البيع ولا معنى لجعل التملك بعنوان المغوض والعوض، ولعله لذلك استقرب معنى الهبة المغوضة في

١ . كتاب المكافئ: ج ٣، ص ٨١.

المقام، ثم أشكال عليه ومال إلى أنه من مقوله المصالحة أو أنه معاوضة مستقلة.

وأورد عليه السيد الخوئي عليه السلام قائلاً: - بعد تصوير المقام بوقوع المبادلة بين التمليكيين - «فلا نعقل له معنى محصلاً؛ بديهية أنّ حقيقة البيع عبارة عن إعدام إضافة مالكية عن كلّ من العوضين وإيجاد إضافة أخرى مالكية في كلّ منهما من دون أن يلزم منه تبديل سلطنة المالك لسلطنة أخرى لكي يحتاج ذلك إلى وجود سلطنة ثالثة وهكذا حتّى يلزم منه التسلسل.

وهذا بخلاف مقابلة التمليك بالتملك، فإنّها تحتاج إلى وقوع مقابلة بين السلطنتين وهو يحتاج إلى سلطنة أخرى وهكذا إلى غير النهاية، وإن فمقابلة التمليك بالتمليك بعيد عن حدود البيع. وأضف إلى ذلك أنّ مفهوم البيع إنّما هو إنشاء تبديل عين بعوض وقد تقدّم ذلك عند البحث عن تعاريف البيع ومن المعلوم أنّ التمليك بنفسه من قبيل الأفعال فلا يقع مبيعاً، ثم إنّ من المستحيل نقل التمليك إلى غيره بدأ بإعطاء العين أو بقبول ملكيتها، بل لابدّ من نقل التمليك من إنشاء آخر يتضمّن ذلك كقوله: «ملكتك تمليكي العين الفلانية، أو بأن يشترط التمليك في ضمن عقد لازم بأن باع داره من شخص واشترط في ضمن البيع أن يملكه ماله الفلاني بحيث يكون متعلّق الشّرط نفس التمليك دون المملوك.

وعلى الجملة: إن الملكية الشرعية اعتبار شرعي غير قابل للتمليك، والتمليك العقدي فعل من أفعال العاقد وهو إن كان قابلاً للتمليك، إلا أنه غير قابل له بتملك المال لفظاً بمثل ملكت أو بعطاء المال فعلاً...»^١

وأمام الإيراد على الشيخ رحمه الله في كلام السيد الميلاني رحمه الله بعد تصوير كلامه بجعل تملك الغير معوضاً عن تملك نفسه، فالعوض والمعوض كلاهما هو التملك، ثم قال: والبحث في مراحل: الأولى: هل يعقل جعل التملك نفسه معوضاً؟ وكان الشيخ فارغ عن إمكان هذا.

والثانية: على تقدير المعقولية هل بأخذ الطرف المقابل يتحقق القبول أو لابد من التملك الآخر؟ (يقول السيد رحمه الله بالتحقق^٣ خلافاً للشيخ والحق مع الشيخ).

الثالثة: أنه على تقدير الصحة هل هو بيع أو هبة معوضة أو صلح أو معاوضة مستقلة؟

أما المرحلة الأولى: فهل المراد من التملك هو المصدر، فالمعنى المصدر هو المجموع معوضاً عن المعنى المصدر، أو المعنى الاسم المصدر، أعني: الملكيتين؟ ظاهر الشيخ الأول، وقال شيخنا الأستاذ (أي

١ . مصباح الفقاهة: ج ٢، ص ١٧٨.

٢ . محاضرات في فقه الإمامية (كتاب البيع): ص ١٤١.

٣ . حاشية المكاسب (للسيد اليزدي رحمه الله): ج ١، ص ٧٨.

الإصفهاني): إنّه غير معقول^١ وإليك نصّ كلامه: «إنّ أصل المقابلة بين التمليكيين فيه غموض وخفاء، فإنّ التمليك بالإعطاء حال تعلقه بمتعلقه ملحوظ آلي، وفي جعل نفسه معوّضاً يحتاج إلى لحاظ استقلالي، ولا يعقل اجتماع اللحاظيين المتباينين في ملحوظ واحد، فلا بد من أن يكون هذه المعاملة في ضمن معاملة أخرى كالصلح»^٢.

وتوسيعه في بيان السيد الميلاني: المعاملة تسبّب إلى تحقق المضمنون أي معوّضية شيء لشيء، فلا م حالّة كون الشيء معوّضاً مقصود بالأصلّة والاستقلال والسبب - وهو الإنشاء - دائمًا يصدر بالاختيار وهو مراد لكنّه في مرحلة التأثير يكون ملحوظاً آلةً للسبب» فهو ملحوظ آلة إلى تحقق شيء آخر، فإذا كان نفس التمليك معوّضاً يلزم كونه مقصوداً بالاستقلال وكونه ملحوظاً آلةً لكونه سبباً، واجتماع اللحاظيين في آنٍ واحد شيء محال. وهذا نظير ما ذكره في الأصول من عدم معقولية استعمال اللفظ في نفسه دائمًا المستعمل فيه ملحوظاً بالاستقلال واللفظ ملحوظاً آلياً فاستعمال اللفظ في نفسه يستلزم اجتماع اللحاظيين، فإنّ أريد من التمليك المعنى الإسم المصدرى يرد عليه - مضافاً إلى ما ذكر الإصفهاني - : أنّه يلزم أن يكون الإنسان مالكاً لملكية نفسه، الملكية نحو من السلطة ولا معنى لأن يكون متسلاً على سلطنته.

١ . محاضرات في فقه الإمامية (كتاب البيع): ص ١٣٨.

٢ . حاشية كتاب المكاسب (للإصفهاني رحمه الله): ج ١، ص ١٦٢.

وأورد على السيد الخوئي (شيخنا الأستاذ دام ظله) بأنه التزم في صدر كلامه بأن التمليك بإزاء التمليك يعد معاملة بين سلطنتين وهي تحتاج إلى سلطنة أخرى ولا تخرج من هذا المحذور بوقوعها في ضمن عقد آخر، بل تحتاج إلى سلطنة أخرى، فلا مناص من أحد الأمرين: إما أن لا يكون المبادلة بين التمليكيين مبادلة بين سلطنتين، فيبطل الإشكال الأول، وإما أن يكون مبادلة بين سلطنتين، والتفصيل بين عدم تتحققه في المبادلة بين التمليكيين وتحققه في ضمن معاملة أخرى مع العلم أنه لا وجه للالتزام بأن السلطنة على السلطنة تحتاج إلى سلطنة أخرى، فهذا المحذور لازم في كلا الصورتين.

وأما ما قاله في الفقرة الثانية من كلامه حول استحالة المقابلة بين التمليكيين بإنشاء واحد يملك المال به وأنه لا يتحقق إلا في ضمن عقد آخر. فإن كان وجه الاستحالة عنده بنفس ما ذكره المحقق الإصفهاني (من لروم اجتماع اللحاظين في التمليك) فالجواب الجواب.

وإن كان وجه الاستحالة لروم التسلسل فقد تقدم الجواب عنه. وإن كان وجه الاستحالة هو أنه لا تتم المقابلة بين تمليكيين إلا بحصول التبديل بين مالين موجودين خارجاً أو اعتباراً في الذمة - كما ذكره في الدورة الأولى - والمقابلة المفروضة (في القسم الثاني) فاقدة لهذا الشرط من جهة عدم وجوده الخارجي أو الذمي؛ لأنه بمجرد أن يقول: (ملكك تمليكي) ينعدم ولا يبقى شيء في الخارج.

فالجواب عنه: إن لازم هذا المحدود استحالة تتحققها حتى في معاملة أخرى وبإنشاء آخر أو صلح أو شرط في ضمن العقد مع أنه التزم بتحققها في عقد آخر، هذا أولاً.

وثانياً: بالرغم من عدم تحقق المقابلة وانعدامه خارجاً واعتباراً لكن له أثر مهم وهو انتقال المال، فقوله: (ملكتك تمليلي) وإن يوجب انعدام الملكية خارجاً واعتباراً، لكنه يؤثر في انتقال متعلقه وهو المال. ولأجله يمكن المصالحة على مبادلة التملكيتين أو التعامل عليه من خلال الشرط في ضمن العقد؛ إذ المطلوب هو مجرد وصول شيء إلى الآخر، فالإشكال مندفع.

وأما ما أورده المحقق الإصفهاني (أبيده السيد الميلاني): إن هذا المحقق التزم (في مبحث الحقيقة الشرعية) بإمكان تحقق الوضع عن طريق عديدة: منها الاستعمال ومنها الإنشاء وناقش هناك في صحة الوضع الاستعمالي قائلاً: «بأن الوضع الاستعمالي يستلزم لحاظين (الآلي والاستقلالي) حيث يمكن ملاحظة اللفظ حين الاستعمال آلياً أو استقلالياً وملعون أنه لا يتم تحقق الوضع إلا باللحاظ الاستقلالي دون الآلي. ولكنه أجاب: بأنه لا يضر هذين اللحاظين بصحّة الوضع، فيمكن للوضع أن ينظر إلى اللفظ حين الاستعمال آلة ويجعله لازماً، ثم يجعل منه الملزوم وهو الوضع وحينما يجعل اللازم يلاحظ اللفظ آلة وفيما يجعله ملزوماً يلاحظه مستقلاً. وهذا الجواب جار في المقام؛ لأن لازم تبديل الملكيتين هو تبديل المملوكيتين وبنفس هذا الإنشاء يجعل اللازم وهو تبديل المملوكيتين ثم يجعل منه الملزوم.

فإلى هنا ثبتت معقولة هذا القسم وما أورد عليه من عدم المعقولة لم يتم إلا أن الكلام في صحة هذه المقابلة عرفاً بعد القول بعدم استحالتها عقلاً فمقتضى القاعدة عدم التفصيل؛ لأنّه إن قلنا بعدم عقلانية المبادلة بين تملّكين ولزوم كون المقابلة بين المالين (خارجاً أو اعتباراً) لا يمكننا الالتزام بجواز المبادلة بينهما بأسبابٍ أخرى، كالصلح أو الشرط في ضمن العقد؛ لأنّه لا يمكن تحصيل المقابلة العرفية بأسبابٍ أخرى بعد استحالة أصل المقابلة عقلاً. وأقّا من التزم بعقلانية فعله أن يقول بصحّتها العرفية.

ولكن الإشكال أولاً: توقف مفهوم البيع على كونه إنشاء تبديل عين بعوض ومن المعلوم أن التملك بنفسه من قبيل الأفعال فلا يقع مبيعاً. وثانياً: إن إنشاء لابد أن يكون فيه سبب عقلائي، فلا يمكن إنشاء العناوين المعاملية (بالقول أو الفعل) لمطلق الأفعال والأقوال واللفاظ، بل لابد أن يكون لها الصلاحية لإبراز العنوان المطلوب والمقصود. وبذلك أكد الثنائي الله: عدم إمكان إنشاء البيع بسبب ليس فيه السبيبة للمسبب كالطيران في الهواء، بل لابد أن يكون السبب سبباً عرفاً وعقلاً. وقوله: (ملكتك المال) لا يوجب المبادلة بين التملّكين عرفاً، بل يفيد المبادلة بين المالين نعم، تحصل المبادلة بين التملّكين بصيغة (ملكتك تملّكي) إذن فالمحذور إثباتي.

وبعد التردد والقول بحصول المقابلة بين التملّكين فهل المعاطة حينئذ يتوقف على إعطائين، أو يتحقق بإعطاء واحد؟ فقد أفاد الشيخ الله بتوقفها على حصول إعطائين وإلا فلا يتحقق المعاطة.

وعلى الجملة: فلعله لجميع ما ذكر استبعد الشيخ رحمه الله هذا القسم عن معنى البيع؛ لكون كلّ من المالين حالياً عن العوض (حيث إنّ هذا القسم كما بيّنه مشتمل على المقابلة بين التمليكين ولا الملكين، فيكون تمليك بإزاء تمليك فليس هناك شيء حتّى يجعل عوضاً). وصرف قصد العوضية لا يتحقّق العوض).

ثم إنّ الشيخ قال: إنّ المقام قريب من الهبة المعقودة، ثمّ أشكل وقال: «لكن إجراء حكم الهبة المعقودة عليه مشكل؛ إذ لو لم يملّكه الثاني هنا لم يتحقّق التمليك من الأول؛ لأنّه إنّما ملّكه بإزاء تمليكه، فما لم يتحقق تمليك الثاني لم يتحقق تمليكه؛ إلّا أن يكون تمليك الآخر له ملحوظاً عند تمليك الأول على نحو الداعي لا العوض، فلا يقدح تخلّفه. فال الأولى أن يقال: إنّها مصالحة وتسالّم على أمر معين أو معاوضة مستقلّة»^١. انتهى. [١]

[١] وأما إشكاله في تتحقّق الهبة المعقودة مستدلاً: بأنّه لو لم يملّكه الثاني لم يتحقّق التمليك من الأول (العدم تتحقّق المقصود وهو التمليك في مقابل التمليك). إلّا أن يقال: بأنّ التمليك واقعي بداعي تمليك الآخر له، فهنا لا يلزم تتحقّق الإعطاء من الطرف الآخر لتمامية المعاطاة وهي متحقّقة بالإعطاء والأخذ. وكذلك يتم المعاملة بالإعطاء والأخذ إذا ملّكه بالإعطاء بشرط أن يملّكه الآخر وإذا تخلّف يحصل له خيار تخلّف الشرط.

١ . كتاب المكاسب: ج ٣، ص ٨١.

وكيف كان، وجه تعريف الهبة المعقودة من جهة أن هنا تمليلكين وملكيتين والمعاوضة بينهما تنتهي إلى المعاوضة بين المالين.

أما الصلح: فاحتمله الشيخ رحمه الله ولكته بما أنه عقد إنساني ولابد من وقوعه بإنشاء خاص أو وقوع التصالح والتساليم في حيز الإنشاء، فلا يكفي مجرد وقوعه بإنشاء تبديل الملكيتين لإفادة الصلح ومصداقاً له وإنما الصلح موجود وحاصل في جميع المعاوضات.

وأما المعاوضة المستقلة: فإن قلنا بشمول العمومات والسيرة له ولم نقل باختصاصها بالمعاملات المتعارفة فلا بأس، وإنما فهي معاملة باطلة.

ولكن الإشكال: في تمامية قيام السيرة العقلائية مع عدم ردع الشارع عنها على عد المعاملة بين التمليلكين من مقوله المقابلة والمعاملة، هذا أولاً.

وأما الأدلة الخاصة فهي أيضاً مفقودة في المقام؛ لأنها ليس في الباب دليل خاص على عنوان تبديل التمليلكين وعده من المعاملات.

وأما الأدلة العامة وهي قوله تعالى: **﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجْرَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾** وأيضاً قوله تعالى: **﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾**.

أما الآية الأولى: فيشكل التمسك بها من جهة صدق مفهوم التجارة على مثل هذه المبادلة (لأن المبادلة بين تمليلكين لا يعد بيعاً عرفياً) لأن عنوان التجارة لا يعم كل معاملة مستحدثة غير متعارفة. فالنتيجة: إن لم نحرز صدق مفهوم التجارة في المقام يكون التمسك بالآية من مصاديق التمسك بالدليل في الشبهة المفهومية للموضوع.

وأمّا الآية الثانية: فهي بعد احتمال اختصاصها بالعقود المتعارفة المتداولة بين الناس يشكل التمسّك بها لإثبات صحة هذه المعاملة الفعلية.

ثالثها: أن يقصد الأول إباحة ماله بعوض، فيقبل الآخر بأخذه إياه فيكون الصادر من الأول الإباحة بالعوض ومن الثاني بقوله لها التمليك، كما لو صرّح بقوله: أبحث لك كذا بدرهم.

رابعها: أن يقصد كلّ منهما الإباحة بإزاء إباحة الآخر، فيكون إباحة بإزاء إباحة، أو إباحة بداعي إباحة على ما تقدّم نظيره في الوجه الثاني: من إمكان تصوّره على نحو الداعي وعلى نحو العوضية.

وكيف كان: فالإشكال في حكم القسمين الآخرين على فرض قصد المتعاطيين لهما. ومنشأ الإشكال أولاً: الإشكال في صحة إباحة جميع التصرفات حتّى المتوقفة على ملكية المتصرف بأن يقول: أبحث لك كلّ تصرف من دون أن يملّكك العين.

وثانياً: الإشكال في صحة الإباحة بالعوض الراجعة إلى عقد مرّكب من إباحة وتمليك.

فنقول: أمّا إباحة جميع التصرفات حتّى المتوقفة على الملك، فالظاهر أنّها لا تجوز؛ إذ التصرف الموقوف على الملك لا يسوغ لغير المالك بمجرد إذن المالك، فإن إذن المالك ليس مشرّعاً وإنّما يمضي فيما يجوز شرعاً، فإذا كان بيع الإنسان مال غيره لنفسه بأن يملك الثمن مع خروج المبيع عن ملك غيره غير معقول، كما صرّح به العلّامة في

«القواعد»^١ فكيف يجوز للمالك أن يأذن فيه؟ نعم، يصح ذلك بأحد الوجهين كلاهما في المقام مفقود:

أحدهما: أن يقصد المبيع بقوله: أبحث لك أن تبيع مالي لنفسك أن ينشأ توكيلاً له في بيع ماله له، ثم نقل الثمن إلى نفسه بالهبة....

الثاني: أن يدل دليل شرعي على حصول الملكية للمباح له بمجرد الإباحة.^٢ [١]

[١] أشكال الشيخ رحمه الله في صحة هذين القسمين بإشكالين:

الأول منهما مشترك بين الوجهين وهو: أن إباحة المالك جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك باطل عقلاً وشرعاً، فإن المالك إذا قال: «أبحث لك هذا المال بإزاء كذا» فقد أباح للمعطي الآخذ التصرفات وحيث لم يعين متعلق الإباحة يعم جميع التصرفات حتى التصرفات الملكية ويكون ذلك مباحة بنفس الإباحة الملكية. ولكن هذه يتضمن محدوداً عقلياً وشرعاً.

أما العقلاني: فإن إباحة البيع من جملة التصرفات المباحة، ومعلوم أن حقيقة البيع متقومة بالمبادلة في الإضافة وتبديل طرف الإضافة والملكية، وهذه الحقيقة تقتضي دخول الثمن في ملكية من خرج منه المشن وبالعكس، فإذا أباح المالك جميع التصرفات فإن للمباح له أن يبيع المال المباح، فإذا باع لا يخلو إما أن يبيع للمالك، فهو خلاف الفرض الذي هو جواز أن يتصرف فيه بنفسه، وإنما أن يبيع لنفسه وهو غير معقول بعد خروج

١ . قواعد الأحكام: ج ١، ص ١٦٦.

٢ . كتاب المكاسب: ج ٣، ص ٨٤-٨٢.

المثمن من ملك المبيع ودخول الثمن في ملك المباح له ويكون منافيًّا مع مفهوم المبادلة وباطلة عقلاً، فقول الشيخ رحمه الله: «إذا كان بيع الإنسان مال غيره لنفسه بأن يملك الثمن مع خروج المبيع عن ملك غيره كما صرّح به العلامة في «القواعد» فكيف يجوز للملك أن يأذن فيه» وإشكاله هذا شامل للوجه الثالث، حيث إن أحدهما قصد الإباحة وأيضاً يشمل الوجه الرابع؛ حيث إن كلّيما قصدا الإباحة، ففي الوجهين يكون المال باقياً على ملك صاحبه الأول وأوضحتنا وجه غير المعقولة آنفاً.

وأمّا المحذور الشرعي: فإنه بمقتضى «لا بيع إلا في ملك» يكون تصرف المباح له الذي لم يكن مالكاً تصرفاً في غير الملك وباطل، فيكون الإباحة المطلقة باطلة.

ثم إنّ الشيخ رحمه الله استدرك وقال: «نعم يصحّ ذلك بأحد الوجهين كلاهما في المقام مفقود: أحدهما: أن يقصد المبيع بقوله: أبحث لك أن تبيع مالي لنفسك أن ينشأ توكيلاً له في بيع ماله ثم نقل الثمن إلى نفسه بالهبة، أو في نقله أولاً إلى نفسه ثم بيعه، أو تمليكاً له بنفس هذه الإباحة، فيكون إنشاء تملك له ويكون بيع المخاطب بمنزلة قبوله، كما صرّح في «التذكرة»^١ بأنّ قول الرجل لمالك العبد: «أعتق عبدي عنّي بكذا» استدعاء لتملكه وإعتاق المولى عنه جواب لذلك الاستدعاء، فيحصل النقل والانتقال بهذا الاستدعاء والجواب، ويقدّر وقوعه قبل

١. تذكرة الفقهاء: ج ١، (ط.ق) ص ٤٦٢.

العتق آناماً (أي وقوع النقل والانتقال) فيكون هذا بيعاً ضمنياً لا يحتاج إلى الشروط المقررة لعقد البيع»^١ انتهى. [١]

[١] توضيح ما أفاده أن يكون المبيع قاصداً توكيل المباح له تملك المال لنفسه قبل البيع مجاناً ثم بيعه، فحينئذٍ تصح المعاملة؛ لعدم كونها منافيًّا لمفهوم المعاوضة، أو يوكل المباح له تملك الشمن لنفسه بعد البيع مجاناً، فحينئذٍ أيضاً لا ينافي هذه المعاملة مع مفهوم البيع؛ لخروج المثمن من ملك المبيع ودخول الشمن في ملكه لكنه بالوكالة تملك الشمن بعد البيع مجاناً بالهبة مثله.

أو القول بأنّ صيغة الإباحة بمنزلة التملك أو التملك في ضمن الإباحة وقبول المباح له هذا التملك ضمني في ضمن العقد وقد صحّ ذلك العلامة (في التذكرة) كما ذكره الشيخ.

ثم أشكل الشيخ في جميع هذه الصور بقوله: «ولا شكّ أنّ المقصود فيما نحن فيه نفس الإذن في نقل المال إلى نفسه أولاً ولا في نقل الشمن إليه ثانياً، ولا قصد التملك بالإباحة المذكورة ولا قصد المخاطب التملك عند البيع حتى يتحقق تملك ضمني مقصود للمتكلم والمخاطب كما كان مقصوداً ولو إجمالاً في مسألة «أعتق عبدك عتبك» ولذا عدّ العامة والخاصة من الأصوليين دلالة هذا الكلام على التملك من دلالة الاقضاء التي عرّفوها: بأنّها دلالة مقصودة للمتكلّم توقف صحة الكلام عقلاً أو شرعاً عليه، فمثّلوا للعقل بقوله تعالى: ﴿وَاسْأَلِ

١ . كتاب المكاسب: ج ٣، ص ٨٣

القرية^١ وللشرع^ي بهذا المثال. ومن المعلوم بحكم الفرض أنَّ المقصود فيما نحن فيه ليس إلَّا مجرد الإباحة^٢. [١]

[١] وحاصل ما أفاده الشيخ جعفر بن محمد بأنَّ هذه الوجوه بجمعها لا تكون مصححة للوجهين؛ لأنَّه لا موضوع لها في المقام؛ حيث إنَّه لم يقصد المبيع التوكيل ولا القصد الضمني وما قصده الإباحة المجردة محسناً ولا غير.

(الوجه) الثاني (الذي ذكره الشيخ لصحَّة جميع التصرُّفات حتَّى المتوقفة على الملك حينما قال: نعم يصح ذلك بأحد الوجهين): أن يدلّ دليل شرعي على حصول الملكية للمباح له بمجرد الإباحة، فيكون كافياً عن ثبوت الملك له عند إرادة البيع آناماً، فيقع البيع في ملكه، أو يدلّ دليل شرعي على انتقال الثمن عن المبيع بلا فصل بعد البيع، فيكون ذلك شبيه دخول العمودين في ملك الشخص آناماً لا يقبل غير العتق، فإنه حينئذ يقال بالملك المقدر آناماً للجمع بين الأدلة (ومراده من الأدلة: دليل: لا عتق إلَّا في ملك ودليل: إنَّ الإنسان لا يملك عموديه، ومقتضى الجمع بينهما هو القول بالملكية الآتية لتصحيح العتق)

وهذا الوجه مفقود فيما نحن فيه؛ إذ المفروض أنَّه لم يدلّ دليل بالخصوص على صحة هذه الإباحة العامة وإثبات صحته بعموم مثل: «الناس مسلطون على أموالهم» يتوقف على عدم مخالفة مؤدَّها لقواعد أُخْرٍ، مثل توقف انتقال الثمن إلى الشخص على كون المثمن

١ . يوسف (٥٠): ٨٢

٢ . كتاب المكاسب: ج ٣، ص ٨٤

مalaً له وتوقيف صحة العتق على الملك وصحة الوطء على التحليل بصيغة خاصة لا مجرد الإذن في مطلق التصرف....».^١

[١] ومحصل كلامه في الوجهين: إن إباحة التصرفات حتى المتوقفة على الملكية موقوفة على تحقق موضوع الملكية إما بنحو الضمنية، أو التقييد، أو بالالزمه؛ لعدم تتحققها بالصراحة. أما الضمنية فنقوله: «أعتق عبدك عني، أو إذبح غنيي هدياً لنفسك، بعد اشتراط كون الهدى في الملك» ومن المعلوم أن قوله: «أبحث لك كل تصرف» لا يقصد به التمليل والتملك والمراد منه واضح.

وأما الوجه الثاني: فهو بصدق بيان عدم تكفل الأدلة العامة مثل قوله: «الناس مسلطون...» إثبات صحة التصرفات مطلقاً حتى المتوقفة على الملكية، بل هي موقوفة على عدم وجود دليل مخالف لها، فالحكم بسلط الناس على أموالهم وإن دل على أن الناس لهم أن يفعلوا فيها ما يشاءون ومنه الإباحة للغير في أن يتصرف في ماله التصرف الموقوف على الملك، إلا أن القاعدة المسلمة الدالة على أنه «لا بيع إلا في الملك» تقتضي أن التصرف البيعي أو العتق والوطء موقوف على ثبوت الملك، فيكون قاعدة السلطة من أول الأمر محدودة بالسلط المشروع على الأموال، ودليل «لا بيع إلا في ملك» يدل على عدم تسلط المالك على ماله في الإذن لغيره بالتصرف الموقوف على الملك.

١ . كتاب المكافئ: ج ٣، ص ٨٤-٨٥

وأورد المحقق الإبرواني على إشكال الشيخ من لزوم إنشاء التوكيل... أو التمليك بنفس الإباحة حتى يتحقق تمليك ضمني قائلًا أنه «يندفع هذا الإشكال بتفسير الإباحة المالكية وشرح معنى إذن المالك في التصرف في ملكه»، فنقول: معنى قول المالك: «أبحث لك التصرف في مالي» هو رفعت المنع الشرعي عنك برفعي لما هو الموضوع في هذا المنع وهو عدم رضاي بالتصرف وقلب عدم رضاي برضاي، فتكون إباحة المالك ورخصته إباحة مالكية بلا واسطة وإباحة شرعية مع الواسطة وبواسطة الإباحة المالكية، فإذا فرضنا: أن إباحة المالك هذه اختصت بالتصرفات غير الموقوفة على الملك الكافي فيها إذن المالك كفى في توسيع تلك التصرفات شرعاً هذه الإباحة؛ إذ ليس موضوع ذاك إلا هذا. وأما إذا عممت كل التصرفات حتى المتوقفة منها على الملك لم تكن رخصة مالكية مسوغاً لتلك التصرفات؛ إذ كان موضوع جواز تلك التصرفات شرعاً هو الملك، فإذا حصل جازت وإلا لم تجز، فلابد أن إباحتها متضمنة لأمر آخر وهو جعل موضوع تلك التصرفات يعني: التمليك، فكما أن (أعنت عبدي عنك) متضمن للتمليك وتمليك بعبارة الإذن في العتق كذلك (أبحث لك عتق عبدي ووطء جاريتي وبيع داري ووقف حمامي) تمليك بعبارة الإذن في التصرف. ومثله: لفظ عام اندرج فيه كل المذكورات، فما ووجه الإشكال في هذه وعدم الإشكال في (أعنت عبدي عنك) بل بالنسبة إلى إباحة العتق في المقام ومثال الإذن في العتق واحد لا يختلفان نعم، إذا كان إباحة التصرف من المالك بمعنى الرضا به وعدم كراحته بلا تعرّض لحكم الشارع بحيث لو أراد المأذون التصرف احتاج إلى الإذن من الشارع أيضاً، كإذن أحد الشريكين في المال المحتاج

جواز التصرف فيه إلى إذن الآخر أيضاً، فإذا حصل منه إذن جاز التصرف وإلا فلا يجر ما ذكرناه وكان ممنوعاً من التصرفات المتوقفة شرعاً على الملك، كما هو ممنوع من التصرفات المحرّمة بالذات، كوطء العبد وأكل لحم الحيوان المحرّم الأكل وإن رضي المالك بالصرف في كل ذلك؛ لأنّ مجرّد رضاه لا يجدي ما لم يرّخص الشارع أيضاً ثم إنّ ما قلناه من التمليك الضمني لا يتوقف على الالتفات إلى توقف التصرفات المأذون فيها على الملك، بل التمليك الضمني حاصل ولو مع الجهل بذلك التوقف كما أنّ الإذن في الشيء إذن في لوازمه على سبيل الإجمال وإن جهل بلوازمه بل جهل بوجود اللازم له نعم، مع اعتقاد العدم وأنّه لا لازم له يشكل كونه إذناً فيه.

هذا كله في تصوير يجعل الملكي للملكية جعلاً ضمناً مضمراً في عبارة (أبحث لك كل التصرفات).

ولنا أن نلترم بالجعل التعبدى الشرعي أيضاً. بيانه: إنّ دليل السلطة بعمومه وشموله لكلّ تصرف يقتضي جواز إذن المالك في التصرفات المتوقفة على الملك ولا مانع من الأخذ بهذا العموم سوى دليل توقف تلك التصرفات على الملك وهذا لا يصلح أن يكون مانعاً من الأخذ بهذا العموم، بل يؤخذ بالعمومين ويستكشف حصول الملك الشرعي التعبدى في موضوع إذن المالك في تلك التصرفات وإن لم يخطر ببال المالك ولا قصده. وكلّ دليلين كانا كذلك بأنّ أمكن الأخذ بعمومهما وإن لزم من الأخذ بعمومهما استكشاف أمر آخر أخذ بعمومهما واستكشاف ذلك الأمر سواء كان الدليلان لفظيين أم كانوا مختلفين. وذلك أنّ أصالة العموم متّبعة ما أمكن إتباعها، فإن

لم يكن يتصرف فيه حينئذ بالتفصيص فإذا دلّ دليل على وجوب إكرام كلّ عالم ثم دلّ دليل آخر على حرمة إكرام كلّ فاسق واحتمنا أنّ العمومين باقيان على عمومهما غير منشلين لعدم التداخل في أفراد العامين حكمنا بالبقاء وعدم الاشتمام، فكانت نتيجة الأخذ بهما عدالة كلّ العلماء وعدم علم كلّ الفساق وهذا المقام، نتيجة الأخذ فيه بعموم دليل السلطنة وعموم دليل توقف بعض التصرفات على الملك هو حصول الملك الشرعي الإلهي يجعل من المالك الحقيقي مقارناً لإذن المالك وإياحته للتصرفات المتوقفة على الملك كي لا يلزم تخصيص في دليل السلطنة ولا تخصيص في دليل توقف التصرفات الخاصة على الملك^١).

هذا ما أفاده المحقق المذكور ذكرناه بطوله.

ولكن الإيراد عليه: الغفلة عمّا بينه الشيخ الله من توقف التمليك الضمني على دلالة الاقتضاء وهي موقوفة على قصد المتكلم والمخاطب (كما صرّح الشيخ بقوله: كما كان مقصوداً ولو إجمالاً في مسألة أعتق عبدك عنّي، وأنّها دلالة مقصودة للمتكلم يتوقف صحة الكلام عقلاً وشرعاً كقوله تعالى: «وَاسْتَئِلُ الْفَرَّةَ» و أيضاً «أعتق عبدك عنّي») ففي المقام بعد عدم كونه مقصوداً على المفروض ولا يكون صحة الكلام موقوفاً عليه فكيف يمكن القول بتحقق التمليك الضمني عند الإباحة فقط هذا و ما أفاده من أنّ «التمليك الضمني لا يتوقف على الالتفات إلى توقف التصرفات المأذون

١ . حاشية المكاسب (لابيرواني الله): ج ١، ص ٨٤-٨٥.

فيها على الملك، بل التمليل الضمني حاصل ولو مع الجهل بوازمه...»^١ ينافي مؤذى دلالة الاقتضاء من الالتفات إلى لوازمه كما توقف العتق على الملك. مضافاً إلى أن التمليل أمر قصدي و فعل اختياري في عالم الاعتبار، فلابد من أن يكون ملتفتاً إليه ولو إجمالاً وفي الارتكاز، فيلزم في هذه الدلالة: ١- أن يكون التمليل مقصوداً ٢- هو فعل اعتباري ومحتاج إلى القصد ولو ارتكازاً ٣- عدم الالتفات ينافي الدلالة المذكورة.

تنبيه: وغير خفي أن مداليل الجمل التركيبية تارة بالمنطق و تارة بالمفهوم والأول هو الذي مدلول ذات اللفظ بالدلالة المطابقة. والثاني هو مدلول الجملة الالزامية للمنطق. ولكن يبقى مداليل ما لا يدخل في المنطق ولا في المفهوم. وقسمت إلى الدلالات الثلاث: الاقتضاء والتنبيه والإشارة. أما الاقتضاء: وهي كون الدلالة مقصودة للمتكلّم عرفاً ويتوقف صدق الكلام أو صحته عقلاً أو شرعاً أو لغةً أو عادةً عليها. وأمثلتها كثيرة، كقوله عليه السلام: «لا ضرر ولا ضرار» لتوقف صدق الكلام على تقدير الأحكام والآثار الشرعية لتكون هذه هي المنفيّة لوجود الضرر والضرار قطعاً عند المسلمين.

وأيضاً «رفع عن أمتى ... ما لا يعلمون وما اضطروا ...» بتقدير العقاب مثلاً.

١ . حاشية المكاسب (لابيرواني): ج ١، ص ٨٤.

وأيضاً «لا صلاة لجار المسجد...». فهي متوقفة على تقدير (الكاملة) وهكذا قوله تعالى: **﴿وَاسْئِلِ الْقَرِيَةَ﴾** المقدر فيه (الأهل) من باب حذف المضاف أو المجاز في الإسناد.

وأيضاً قوله: (اعتق عبدك عني على ألف) فإن صحة الكلام شرعاً موقوفة على طلب تملكه أولاً بألف درهم؛ لأنّه لا عتق إلا في ملك، فيكون التقدير ملكني العبد بألف ثمّ أعتقه عني.

وأيضاً قول الشاعر: «نحن بما عندنا وأنت بما عندك راضٍ والرأي مختلف» وهنا أيضاً يكون الصحة موقوفة على تقدير (راضون) خبر للمبتدأ؛ لعدم صحة كون المفرد خبراً للجمع... .

وهكذا قولهم: (رأيت أسدًا في الحمام) فهو أيضاً موقوف على إرادة الرجل الشجاع.

وعلى الجملة: إن المناط في دلالة الاقتضاء أمران:

١- أن يكون الدلالة مقصودة.

٢- أن يكون الكلام لا يصدق أو لا يصحّ بدونها من دون فرق بين أن يكون لفظاً مضمراً أو معنى مراداً حقيقة أو مجازاً.

وأما دلالة التنبيه فهي أيضاً يشترط فيه القصد عرفاً ولكن لا يتوقف صدق الكلام أو صحته عليها وإنما سياق الكلام ما يقطع منه بإرادة ذلك اللازم أو يستبعد عدم إرادته. وبهذا يعلم الفرق بينها وبين دلالة الاقتضاء كقوله: (طلعت الشمس) مخاطباً لمن فاتته وقت الصلاة أو (إلى عطشان) للدلالة على طلب الماء وكثيراً من الموارد فيما إذا أراد المتكلم بيان أمر فبّه عليه بذكر ملازمه العقلي أو الشرعي وأيضاً أموراً أخرى.

وأمّا دلالة الاشارة - على عكس السابقين - وهي عدم كون الدلالة مقصودة عرفاً ولكن مدلولها لازم لمدلول الكلام لزوماً غير بين أو يبين بالمعنى الأعم سواء استتبع المدلول من كلام واحد أو كلامين. ومثاله الآتيين

﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ و﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أُولَادَهُنَّ

حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ الدالّتين على أن أقلّ الحمل ستة أشهر.

وكذا: دلالة وجوب شيء على وجوب مقدمته؛ لأنّه لازم لوجوب ذي المقدمة باللزوم البين بالمعنى الأعم؛ ولذلك يقال في وجوب المقدمة: أنه تبعي وليس بأصلي.

وأمّا ما أفاده من الالتزام بالجعل التعبدـي... ففيه: أنه يستلزم لغوية جعل العناوين المعاملة لدى العـرف كالبيع وجواز الـاكتفاء بالإباحة في كل معاوضة وتبادل، مضافاً إلى ما قدمناه من تحديد القاعدة (الناس مسلطون على أموالهم).

وإنّ القاعدة لا تكون مـتـشـرـعـة وأنـها نـاظـرـة إـلـى جـواـز التـصـرـفـات التـي هـي مـشـرـوـعـة لـلـمـالـك مع قـطـعـ النـظـر عن دـلـيلـ السـلـطـنة وإنـ هذا الدـلـيل يـثـبـت عدم كـونـ المـالـك مـمـنـوـعاً عن تـلـكـ التـصـرـفـات. وـأـمـاـ التـصـرـفـات التـي نـشـكـ فيـ مـشـرـوـعـيـتها أوـ نـعـلـمـ بـعـدـ مـشـرـوـعـيـتهاـ فـلـاـ تـكـوـنـ مـشـمـولـةـ لـدـلـيلـ السـلـطـنةـ؛ لـمـاـ قـلـنـاـ مـنـ عـدـمـ كـوـنـهـاـ مـشـرـعـاًـ وـلـذـاـ لـمـ يـمـكـنـ إـثـبـاتـ مـشـرـوـعـيـةـ التـصـرـفـاتـ المـتـوـقـفـةـ عـلـىـ الـمـلـكـ بـدـلـيلـ السـلـطـنةـ،ـ هـذـاـ أـوـلـاًـ.

وـثـانـيـاًـ:ـ إـنـ مـاـ أـفـادـهـ مـبـنـيـ علىـ إـنـكـارـ الـحـكـومـةـ بـيـنـ الدـلـلـيـنـ الـعـامـيـنـ (ـوـهـوـ مـوـكـوـلـ إـلـىـ مـحـلـهـ)ـ مـضـافـاًـ إـلـىـ أـنـ تـحـقـقـ إـصـالـةـ الـعـمـومـ مـوـقـوفـ عـلـىـ رـكـنـيـنـ

وهما: وجود المقتضي وعدم المانع ولا ينعقد العموم في العام ولا تتم حجيته إلا بانتفاء المخصوص (بالأصل في العام أو بمقدّمات الحكمة في المطلق) وعدم وجود المانع الذي يمنع عن تأثير العام؛ حيث يعدّ شرطاً في موضوع أصالة العموم. وحينئذٍ إذا أردنا نفي تداخل الأفراد فمعناه نفي المنافة بين أكرم كلّ عالم) (لا تكرم كلّ فاسق) ونفي المنافة بين العمومين بأصالة العموم يستلزم الدور المحال؛ لأنّ نفي المعارض بأصالة العموم بعد تقدّم إصالة العموم رتبة متوقف على إثبات عدم المعارض أولاً ليتمّ العموم ثمّ الاستدلال به.

وكيف كان، فالمحصل مما أورده الشيخ الله على القسم الثالث والرابع (وهو أن يقصد إباحة ماله بعوض فيقبل الآخر بأخذه إياه، فيكون الصادر من الأول الإباحة بالعوض ومن الثاني بقبوله لها التمليك) وتركيز منشأ الإشكال أولاً: في صحة إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك من دون أن يملكه العين (وهذه هي القسم الرابع).

وثانياً: الإشكال في صحة الإباحة بالعوض الراجعة إلى عقد مركب من إباحة وتمليك: هو أنّ مثل هذه الإباحة (جميع التصرفات) لا يجوز. ووجهه: إنّ التصرف الموقوف على الملك لا يسوغ لغير الملك بمجرد إذن الملك؛ لأنّ إذنه ليس مشرعاً وإنّما يمضي فيما يجور شرعاً (كغير الموقوفة على الملك).

مضافاً إلى أنّ تملّك الثمن مع خروج المثمن عن ملك غيره غير معقول (في كلا الوجهين كذلك) لبقاء المال على ملك مالكه الأول (في كليهما). ووجه غير المعقولية واضح؛ لأنّ الثمن لابدّ وأن يدخل في مكان قد خرج منه

المثمن وهنا قد دخل الثمن في كيس من لم يخرج المثمن منه؛ لبقاء المال على ملكية صاحبه الأول مع قصد الإباحة.

ولا يمكن تصحيح هذا الوجه بالوجوه الثلاثة المذكورة من أن يوكل المباح له بنقل المال إلى نفسه ثم بيعه، أو أن يوكله بنقل الثمن إلى نفسه بالهبة أو القول بأن الإباحة هذه تمليكاً وهي إنشاء تملיק له وإنها بمنزلة قول الرجل: (أعتق عبدك عنّي بعذراً)؛ لما مرّ: من أن المقصود فيما نحن فيه ليس الإذن في نقل المال إلى نفسه أولاً ولا في نقل الثمن ثانياً، ولا قصد التمليك بالإباحة المذكورة ولا قصد المخاطب التملّك.

فما أُفيد إلى هنا وأوضحته المحقق النائيني رحمه الله في كلامه مبني على عدم جواز خروج أحد العوضين عن شخص ودخول الآخر في ملك شخص آخر غير من خرج عنه العوض؛ لمغایرة هذا مع معنى البيع الذي هو تبديل طرفي الإضافة. وتوهم صحته بدعوى: عدم اعتبار الأزيد من المبادلة بين الشيئين بلا احتياج قيام أحدهما مكان الآخر ويكتفى جعل شيء بإزاء شيء في مقابل التمليك المجاني، أو التمليك بإزاء الشيء.

مدفوع: بأن مفهوم المبادلة والمعاوضة من المفاهيم النسبية المسماة بذات التعلق ولا بد من وقوعها في شيء مرتبط به وذاك الشيء بحكم القاعدة لابد أن يكون مقدماً على المعاوضة بالضرورة، فيلزم وجود موضوع المعاوضة في المرتبة السابقة حتى تتحقق المعاوضة، فيستحيل حصول المعاوضة في المملوكة النسبية عن هذه المعاوضة؛ لعدم الإشكال وهو عدم الإضافة الملكية أو الحقيقة. مضافاً إلى لزوم وجود العوض والمعوض في كل معاملة. وعمدة الكلام في مفهوم البدلية والبدلية بعد فرض لزوم تحقّقهما

وهذا يقتضي وقوع المبادلة بين مفهومي العوض والمعوض وهو يحتاج إلى سبق حق أو ملك يصير أحدهما بدلًا والآخر مبدلاً.

وأكّد النانيني كلام الشيخ: بأنّ باب الملكية تتضمّن ثلاّث أمور: وهي المالك والمملوك والملكية. وهي أمور ثابتة لا يمكن إنكارها، فالملكية عبارة عن إيجاد اتصال اعتباري بين المالك والمملوك، وهذا الاتصال الاعتباري ينبع ثلاّثة أمور آخر وهي: المضاف والمضاف إليه والإضافة، والتبدل الحاصل نتيجته حدوث هذا الأمر الاعتباري والمعبر عنه بالجمل أو الخيط الرابط يكون ثبوتاً.

١- تارة في طرف المالك كما في باب الإرث حيث يحصل التبدل في طرف المالك دون المملوك، فما كان من مال أو حق للمالك الميت ينتقل إلى ورثته.

٢- وأُخرى في طرف المملوك، فيحصل التبادل في المملوك دون المالك.

٣- وكالة في المملوكيّة نفسها أي (الملكيتين).

أمّا البيع فليس من القسم الأوّل، بل هو تبدل الإضافتين أو المملوكيّين، فإنّ اعتبارناه تبدل الإضافتين لزم منه التسلّط على الملكية مع أنّ الحديث صريح في أنّ الناس مسلطون على أموالهم ولا على ملكيّتهم، بمعنى: أنّ السلطة مجموعه على الأموال لا على ذات السلطة وإلا استلزم الدور، فضلاً عن أنّ العرف يرى تسلّط الناس على أموالهم لا على سلطنتهم. والشاهد عليه عجز الناس عن إزالة الملكية الثابتة لهم.

ثم إنّه (النائي) استتّج ممّا أفاده: أنّ للملك نقل ملكه لا ملكيّته، فإذاً ثبوتاً وإثباتاً لا يعُدّ البيع تبديل الملكيتين بل هو مبادلة للمملوكيّن ليس إلّا بأن ينفكّ ملكيّة المملوكي من الأوّل وترتّب وترتّل بالثاني وأن يسّتلزم المبادلة في الملكيّة قهراً.

وحاصل كلامه: انتقال المال بين طرفي الإضافة دون شخص الإضافة فلابدّ من عود العوض إلى كيس من خرج عنه المعاوض.

ويؤيّد ما أفاده كلام أهل اللغة في تعريفهم البيع بأنّه (مبادلة مال بمال) وملوّم أنّ المتفاهم من هذا التعبير هو المعاوضة بين طرفي الإضافة وإن نوّقش في حجيّة كلام أهل اللغة. وإنّ غاية ما يفيده الاستشهاد باللغة دون الاعتماد والاطمئنان؛ حيث إنّ قوله لا يكون حجّة في تحديد مفهوم الموضوع (الشعري) ويكون من مصاديق الشبهة المفهوميّة؛ ولذلك صرّح الشيخ (في كتاب الطهارة) بصعوبة تحصيل الجزم بالحدود الحقيقية للمفاهيم.

العرفة؛ لأنّ مثل الماء الذي يعُدّ من أوضح المفاهيم العرفية فكيف بالمفاهيم الاعتبارية.

أمّا الوجه الثاني (الذّي ذكره الشيخ رحمه الله لتصحيح القسم الرابع): دلالة دليل شرعي على حصول الملكيّة للمباح له بمجرد الإباحة، فيكون كاشفاً عن ثبوت الملك له عند إرادة البيع آنّاً، فيقع البيع في ملكه (أي المباح له لوقوع البيع لنفسه) أو يدلّ دليل شرعي على انتقال المثمن عن المبيع بلا فصل بعد البيع، فيكون ذلك شبيه دخول العمودين في ملك الشخص آنّاً لا يعقل غير العتق فإنّه حينئذ يقال بالملك المقدّر آنّاً؛ للجمع بين الأدلة (أي دليل لا عتق إلّا في ملك، ودليل: إنّ الإنسان لا يملك عموديه، فالجمع بينهما هو

القول بالملكية الآتية حتى يصح العتق). وهذا الوجه مفقود فيما نحن فيه (وهو اقتضاء الجمع بين الأدلة لحصول الملكية) إذ المفروض أنه لم يدل دليل بالخصوص على صحة هذه الإباحة العامة (حتى المتوقفة على الملك)، وإثبات صحته لعموم مثل «الناس مسلطون على أموالهم» يتوقف على عدم مخالفة مؤداته لقواعد آخر مثل: توقف انتقال الشأن إلى الشخص على كون المثمن مالاً له، وتوقف صحة العتق على الملك، وصحة الوطء على التحليل بصيغة خاصة لا بمجرد الإذن في مطلق التصرف...).

ثم قال: «ولأجل ما ذكرناه (توقف تمامية دلالة الناس مسلطون... على عدم مخالفتها لقواعد فقهية أخرى) صرّح المشهور، بل قيل: لم يوجد خلاف في أنه لو دفع إلى غيره مالاً وقال: اشتري به لنفسك طعاماً من غير قصد الإذن في اقراض المال قبل الشراء أو اقراض الطعام، أو استيفاء الدين منه بعد الشراء لم يصح، كما صرّح به في مواضع من «القواعد»^١ وعلّمه في بعضها: بأنّه لا يعقل شراء شيء لنفسه بمال الغير وهو كذلك، فإنّ مفهوم المعاوضة والمبادلة دخول العوض في ملك من خرج المعاوض عن ملكه وإلا لم يكن عوضاً ببدلاً، ولما ذكرنا حكم الشيخ^٢ وغيره^٣ بأنّ الهبة الخالية عن الصيغة تفيد إباحة التصرف لكن لا يجوز وطء الجارية مع أنّ الإباحة المتحقّقة من الواهب تعم

١ . قواعد الأحكام: ج ١، ص ١٥١.

٢ . الميسوط: ج ٣، ص ٣١٥.

٣ . الدروس الشرعية: ج ٢، ص ٢٩١.

جميع التصرفات. وعرفت أيضاً أن الشهيد في الحواشي^١ لم يجُوز إخراج المأْخوذ بالمعاطاة في الخمس والزكاة وثمن الهدى ولا وطء الجارية، مع أن مقصود المتعاطفين الإباحة المطلقة. ودعوى: أنَّ الملك التقديرى هنا أيضاً لا يتوقف على دلالة دليل خاص، بل يكفي الدلالة بمجرد الجمع بين عموم الناس مسلطون على أموالهم الدال على جواز هذه الإباحة المطلقة وبين أدلة توقف مثل العتق والبيع على الملك، نظير الجمع بين الأدلة في الملك التقديرى (بتوسيع: أنَّه كما يمكن الجمع بين الدليلين المتعارضين وهما لا عتق في ملك وعدم تملك الإنسان عموديه بالملكية الآنية القهرية كذلك يمكن الجمع بين الدليلين المتعارضين فيما نحن فيه بالملكية المذكورة)

مدفوعة: بأنَّ عموم الناس مسلطون على أموالهم إنما يدلُّ على تسلط الناس على أموالهم لا على أحکامهم، فمقتضاه إمضاء الشارع لإباحة المالك كل تصرف جائز شرعاً، فالإباحة وإن كانت مطلقة إلا أنَّه لا يباح بتلك الإباحة المطلقة إلى ما هو جائز بذاته في الشريعة (فالتصرفات المتوقفة على الملكية لا تشملها العموم) ومن المعلوم أنَّ بيع الإنسان مال غيره لنفسه غير جائز بمقتضى العقل والنقل الدال على لزوم دخول العوض في ملك مالك المعقود، فلا يشمله العموم الناس مسلطون على أموالهم حتى يثبت التنافي بينه وبين الأدلة الدالة على توقف البيع على الملك، فيجمع بينهما بالتزام الملك التقديرى آناماً.

وبالجملة: دليل عدم جواز بيع ملك الغير أو عتقه لنفسه حاكم على عموم الناس مسلطون على أموالهم الدال على إمضاء الإباحة المطلقة من المالك على إطلاقها، نظير حكومة دليل عدم جواز عتق مال الغير على وجوب الوفاء بالنذر والعهد إذا نذر عتق عبد غيره له أو لنفسه، فلا يتوهّم الجمع بينهما بالملك القهري للنذر نعم، لو كان هناك تعارض وتزاحم من الطرفين بحيث أمكن تخصيص كلّ منهما لأجل الآخر أمكن الجمع بينهما بالقول بحصول الملك القهري آناماً فتأمل.

وأمّا حصول الملك في الآن المتعقب باليبيع والعتق فيما إذا باع الواهب عبد الموهوب أو أعتقه فليس ملكاً تقديريًّا، نظير الملك التقديري في الديبة بالنسبة إلى الميت أو شراء العبد المعتق عليه، بل هو ملك حقيقي حاصل قبل البيع من جهة كشف البيع عن الرجوع قبله في الآن المتصل بناءً على الاكتفاء بمثل هذا في الرجوع وليس كذلك فيما نحن فيه.

وبالجملة: فما نحن فيه لا ينبطق على التملّك الضمني المذكور أولاً في (أعتق عبدك عنّي) لتوقفه على القصد ولا على الملك المذكور (أي التملّك الآني القهري) ثانياً: في شراء من ينعتق عليه؛ لتوقفه على التنافي بين دليل التسلط ودليل توقف العتق على الملك وعدم حكومة الثاني على الأول، ولا على التملّك الضمني المذكور. ثالثاً: في بيع الواهب وذي الخيار؛ لعدم تحقق سبب الملك هنا سابقاً بحيث يكشف البيع عنه، فلم يبق إلا الحكم ببطلان الإذن في بيع ماله لغيره، سواء صرّح بذلك، كما لو قال: بع مالي لنفسك أو اشترب مالي

لنفسك؛ أم أدخله في عموم قوله: أباحت لك كلّ تصرف، فإذا باع المباح له على هذا الوجه وقع البيع للمالك إما لازماً؛ بناءً على أنّ قصد البائع البيع لنفسه غير مؤثر أو موقوفاً على الإجازة بناءً على أنّ المالك لم يتوّمل الشمن هذا.

ولكنّ الذي يظهر من جماعة منهم قطب الدين والشهيد تلميذه في باب بيع الغاصب: أنّ تسلط المشتري البائع الغاصب على الشمن والإذن في إتلافه يوجب جواز شراء الغاصب به شيئاً (أي بهذا الشمن الذي حصل له بإذاء المبيع المغصوب) وإنّه يملّك الشمن بدفعه إليه فليس للمالك إجازة هذا الشراء (العدم تأثير هذه الإجازة) ويظهر أيضاً من محكي «المختلف»^١ حيث استظهر من كلامه فيما لو اشتري جارية بعين مغصوبة أنّ له وطء الجارية مع علم البائع بعنصيرية الشمن فراجع. ومقتضى ذلك أن يكون تسلط الشخص لغيره على ماله وإن لم يكن على وجه الملكية يوجب جواز التصرفات المتوقفة على الملك فتأمّل (وسيأتي توضيحة في مسألة بيع الفضولي). وأما الكلام في صحة الإباحة بالعوض، سواء صحّحنا إباحة التصرفات المتوقفة على الملك أم خصّصنا الإباحة لغيرها (أي لغير المتوقفة على الملك).

فممحضه: أنّ هذا النحو من الإباحة ليست معاوضة مالية ليدخل كلّ من العوضين في ملك المالك العوض الآخر، بل كلاهما ملك للمبيع، إلا أنّ المباح له يستحق التصرف، فيشكل الأمر فيه من جهة

١ . مختلف الشيعة: ج ٥، ص ٢٥٩.

خروجه عن المعاوضات المعهودة شرعاً وعرفاً مع التأمل في صدق التجارة عليها فضلاً عن البيع، إلا أن يكون نوعاً من الصالح لمناسبة له لغة؛ لأنّه في معنى التسالم على أمر بناءً على أن لا يشترط فيه لفظ الصالح، كما يستفاد من بعض الأخبار الدالّ على صحته بقول المتصالحين: لك ما عندك ولي ما عندي. ونحوه ما ورد في مصالحة الزوجين (الروايات المفسّرة في ذيل الآية ﴿وَإِنْ امْرَأً خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ حَيْرٌ﴾^١ فقال: «هي المرأة تكون عند الرجل فيكرهها فيقول لها: إني أريد أن أطلقك، فتقول له: «لا تفعل، إني أكره أن تُشمت بي، ولكن انظر في ليالي فاصنع بها ما شئت. وما كان سوى ذلك من شيء فهو لك، ودعني على حالي فهو قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا﴾ وهذا هو الصالح»^٢، ولو كانت معاملة مستقلة كفى فيها (أي في صحتها) عموم الناس مسلطون على أموالهم والمؤمنون عند شروطهم. وعلى تقدير الصحة ففي لزومها مطلقاً؛ لعموم المؤمنون عند شروطهم أو من طرف المباح له؛ حيث إنّه يخرج ماله عن ملكه دون المبيح؛ حيث إنّ ماله باقي على ملكه، فهو مسلط عليه أو جوازها مطلقاً (من الطرفين) وجوه: أقوالها أولها، ثمّ أوسطها.

١ . نساء (٤): ١٢٨ .

٢ . وسائل الشيعة: ج ٢١، ص ٣٤٩؛ أبواب القسم والنشوز: ب ١١، ح ١ .

وأماماً حكم الإباحة بالإشکال فيه أيضاً يظهر مما ذكرنا في سماقه (أي عدم كونها معاوضة) والأقوى فيها أيضاً الصحة واللزموم؛ للعموم أو الجواز من الطرفين للأصالة التسلط». ^١ [١]

[١] هذا وبعد ذكر بيان الشيخ فتأمل فيما أفاده رحمه الله من الاستدلال على صحة هذه المعاملة ولزومها أو جوازهما؟

الأول: اعتبرها معاملة مستقلة مستدلاً بقاعدة (الناس مسلطون على أموالهم) وأيضاً بقوله: «المؤمنون عند شرطهم».

الثاني: إثبات تمامية هذه المعاملة بعنوان المصالحة.

الثالث: الاستدلال بالآية الشريفة ﴿... تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ إِلَّا أَنَّهُ قد مَرَّ عَنْهُ رحمه الله آنفَاً بالإشکال في صدق عنوان التجارة على المقام فضلاً عن صدق البيع والشراء أَنَّه قائل بِأَنَّ البيع عبارة عن تملك عين بمال مع أَنَّ المبحث عنه في المقام (إباحة عين بعوض) وعدم تحقق تملك المعوض، هذا مصادفاً إلى عدم حصول مبادلة المال بالمال لحصول المالين في ملك شخص واحد وقد مَرَّ بيان عدم مقوليتها وهذا يمنع عن الالتزام بصحّتها هذا.

وقد أشكل السيد الخوئي رحمه الله: بخروج هذه الأقسام عن المعاوضات المالية ثبوتاً وإثباتاً.

أَمَّا ثبوتاً: فلعدم تعلق الإباحة بإزاء المال.

وأماماً إثباتاً: فلأنه لا يمكن أن تحصل المصالحة بين الإباحة والدرهم.

و ما أفاده مبنيٍ على لزوم كون المعاوضة بين المالين إما خارجاً أو ذهناً وفي الإباحة لا يتصور البدلية ولذلك قال بأن الإباحة بالعوض يتصور على وجوه شتى :

١- أن تجعل نفس الإباحة عوضاً في المعاملة، أي إباحة التصرف في المال من المبيع بشرط أن يملكه المباح له الدرهم، فالواقع إباحة مشروطة من المبيع ويكون الدرهم هبة معوضة من المباح له.

٢- أن تكون الإباحة بنحو التعليق، فيملّكه الكتاب معلقاً على تملكه الدرهم.

٣- الإباحة بداعي التملك، أي يسمح له بداعي أن يملّكه درهماً.

٤- الإباحة عنواناً للموضوع بأن يقول: «أبحث مالي هذا لمن تملكني كذا».

وعلى الجملة: يشكل الاستدلال بآية التجارة لما مرّ من تأمل الشيخ ولا سيّما بعد الرجوع إلى العرف واللغة وإن لم يتأمل بعضهم كالسيد والإيرواني في صدق عنوان التجارة على الإباحة بالعوض وصرح السيد الله: بأنّه من التجارة؛ إذ ليست إلا الاكتساب ويصدق في المقام ولا يلزم في المعاوضة المالية أن تكون المبادلة بين المالين من حيث الملكية، بل قد تكون من حيث الإباحة من أحد الطرفين أو كليهما، فلا وقع لهذا الإشكال.

وأمام الإيرواني قال: «لا تأمل في صدق التجارة من جانب المبيع بعوض الملك للمال ببابحته، بل لا يبعد صدقه من جانب الملك؛ لأنّ استباحة أموال الناس نوع من الاتّجار، مع أن غاية ذلك منع التمسّك بآية **«تجارة»**

عن تَرَاضٍ﴿ كَمَا أَنَّ عَدْمَ كُونِهِ يَبْعَدُ عَنِ التَّمَسُّكِ بِآيَةٍ ﴾وَأَحَلَّ اللَّهَ﴿ وَأَمَّا آيَةٌ ﴾أَوْفُوا بِالْعُقُودَ﴿ فَلَا مَانِعٌ مِّنَ التَّمَسُّكِ بِهَا، مَضِيَّاً إِلَى مَا تَمَسَّكَ بِهِ الْمُصَنَّفُ مِنْ دَلِيلِ السُّلْطَنَةِ وَعُمُومِ ﴿الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شَرْوَطِهِم﴾ بِنَاءً عَلَى صَدْقَ الشَّرْطِ عَلَى الْإِلْزَامِ وَالْإِلْزَامِ الْأَبْدَائِيِّ﴾. انتهى.^١

ولكن من جهة العرف يكون مفهوم التجارة مغايراً لمفهوم الاكتساب ولا يعَد المكتسب تاجراً، بداعه أن الاكتساب من مادة الكسب وهو ينطبق على المستغل بالتجارة والحدادة والزراعة وإحياء الموات ولكن لا يصدق في حق الفلاح والنجار والحداد عنوان التاجر. والنسبة بينهما عmom وخصوصاً مطلق ولا يمكن الاستدلال بالأعمم على الأخص.

وأماماً من حيث اللغة، فقد يطلق على البيع والشراء وقد يطلق - كما عن الراغب^٢ - في صرف المال لتحصيل الربح.

وكيف كان، فما يستفاد من مظان الآيات المستعملة فيها التجارة أعمميتها عن عنوان البيع، كقوله تعالى: ﴿رِجَالٌ لَا تُلْهِيهِمْ تِجَارَةٌ وَلَا يَبْيَعُ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ﴾^٣ وأيضاً قوله تعالى: ﴿وَإِذَا رَأَوْا تِجَارَةً أَوْ لَهُوَ انْفَضُّوا إِلَيْهَا...﴾^٤ فالنتيجة: أن الإباحة بازاء العوض لا يعَد صرفاً للمال لتحصيل الربح. فالحق

١ . حاشية المكاسب (لابيرواني لابيرواني ﴿لابيرواني﴾): ج ١، ص ٨٦.

٢ . المفردات للراغب: ص ١٦٤.

٣ . التور (٢٤): ٣٧.

٤ . الجمعة (٦٢): ١١.

مع الشيخ رحمه الله في تأمله في صدق التجارة على الإباحة بالعوض خصوصاً بالنسبة إلى المبيع، فإنه لم يصرف رأس ماله.

وأمّا القول باندراج هذه المعاملة في أدلة الصلح: فعلى القول بتوقف قوام كلّ معاملة بإنشاء عنوانه يشكل تماميتها بعنوان الصلح، كما أنه كذلك في تحقق البيع؛ حيث إنّه لابدّ من أن يكون المنشأ هو البيع، أي تمليك العين بعوض وهكذا سائر العقود، فيعتبر في الصلح إنشاء المصالحة والتسالّم ولا يكفي مجرد وجود المصالحة في عقد ما لم يكن قرينة على تحقق عقد الصلح أو لا تعدّ قرينة الموجود عليه؛ لأنّ التسالّم حاصل في كلّ عقد من العقود (البيع والإجارة والقرض و...) فإنّ المتعاقدين يتصالحان ويتسالّمان على تبديل المالين عيناً أو منفعة.

وأمّا الاستدلال بالرواية المذكورة «لك ما عندك ولني ما عندي» فلا دلالة فيها على أنّ هذه المصالحة صلح وغايتها تصحيح المعاوضة الواقعية ونفوذها.

وأمّا الروايات في باب الزوجين: فكذلك لا تدلّ على أنها مصالحة فتأمل؛ لأنّ الإمام عليه السلام صرّح بأنّ «هذا هو الصلح...» ولعلّ الوجه في كونه هو الصلح قول الزوجة: «اصنع ما شئت ودعني على حالي» بدعوى: أنه هو إنشاء التصالح ولكنّ الذي فيما نحن فيه هو إنشاء الإباحة والترخيص ولا يمكن جعله مصداقاً للصلح بعد كون الصلح أمراً إنشائياً يحتاج إلى إنشاء ما دلّ عليه.

وأماماً كونها معاملة خاصة والقول بتصحّيحيها مستدلاً بقوله: «الناس مسلطون...» بالدلالة المطابقية (كما في كلام الشيخ والسيد والإيراني رحمه الله وقد مر ذكر عبائهم) ولكن تمامية الاستدلال بالقاعدة موقوفة على الالتزام بورودها مقام تشريع أنواع المعاملات وجواز صدور أنواع التصرّفات من المالك من الخارجية والاعتبارية.

وأماماً بناءً على القول بأنّها في مقام إثبات مجرد سلطنة المالك على أمواله في حدود القواعد المقرّرة الشرعية من دون أن يكون مشرّعة فلا يمكن الاستناد بها للمدعى، هذا. مضافاً إلى إرسال الحديث سنداً و藉بر ضعفه عمل الأصحاب غير ثابت؛ لاحتمال أنّهم استندوا على السيرة القطعية القائمة على تسلّط الناس على أموالهم من دون ردع من الشارع.

وأماماً الاستدلال بقوله: «المؤمنون عند شروطهم» بالدلالة الالتزامية بمعنى: أنّ القاعدة دالة على لزوم الوفاء بالشرط وبالدلالة الالتزامية تدلّ على صحة المعاوضة بالشروط، ولكن الاستناد بها - بعد فرض تمامية السنّد - بالدلالة الالتزامية موقوف على تمامية إطلاق الشروط ليشمل جميعها وهو ممنوع، فكما أنّ الإهمال فيها ممنوع وغير معقول فالمراد منه جميع الشروط المشروعة دون غير المشروعة. والوجه قوله: «كلّ شرط خالف كتاب الله والسنة فليس بشرط» فالاستدلال بها على الصحة والمشروعية ممنوع. هذا. مضافاً إلى توقف تمامية الاستدلال بهذه القاعدة على القول بأعمى الشرط من الشروط البدوية والالتزام الابتدائي ومن الالتزام في ضمن الالتزام فعلى القول بالأول يصحّ الاستناد وعلى الثاني (أي الالتزام في ضمن البيع أو الإجارة و...) فلا يتمّ؛ لأنّ الإباحة بالعوض لا تعدّ التزاماً في ضمن الالتزام.

وأمّا الاستدلال بقوله تعالى: **﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾** بتقريب: أن الإباحة حيث صارت تقابل بالعوض تشمل على الالتزام بالإباحة بزياء المال وتتحقق من خلاله عنوان العقد والعهد ويندرج في مصاديق الآية. ولا يخفى أن الاستدلال بها متوقف على إثبات عموم (العقود) بالنسبة إلى جميع العقود حتّى غير المتعارفة ليشمل المعاملة المبحوث عنها بعد كونها غير متعارفة، هذا أولاً.

وثانياً: إن الاستدلال بها على الصحة يكون من جهة دلالتها الالتزامية ولا المطابقية؛ حيث إن الصحة المستفادة من قوله تعالى: **﴿أَوْفُوا﴾** بالملازمة العقلية؛ لعدم إمكان التفكير بين وجوب الوفاء تكليفاً والصحة، فلابد من أن يكون العقد من العقود الصحيحة بالذات؛ لأنّ موضوع آية الوفاء العقود الصحيحة وعند الشك في صحة عقداً يكون التمسك بالآية يكون من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية، هذا مضافاً إلى مشكلة أخرى في المقام وهي أنّها على فرض شمول الآية وإمكان التمسك بها على صحة هذا العقد فهي لا تدلّ على صحة مطلق التصرّفات الصادرة من المبيح في المال المباح له إذا كانت تصرّفاته ناقلة كالبيع.

ثم إنّه بعد التنزّل والقول بصحة هذا العقد فهل هو عقد لازم أو جائز؟

احتمل الشيخ رحمه الله أقوالاً ثلاثة:

الأول: اللزوم مطلقاً، أي من الطرفين مستدلاً بعموم المؤمنون عند شروطهم.

الثاني: التفصيل بين الطرفين بالجواز من المبيع واللزوم من طرف المباح له (أي المملّك بالعوض) حيث إنّه يخرج ماله عن ملكه دون المبيع؛ حيث إنّ ماله باقٍ على ملكه فهو مسلط عليه، وبمقتضى القاعدة «الناس مسلطون...» يكون حقّ الفسخ له ثابت وأمّا اللزوم من طرف المباح له فمن جهة عدم ثبوت حقّ الفسخ والرجوع له.

الثالث: جواز هذه المبادلة والمعاوضة مطلقاً بالنسبة إلى الطرفين.

ثم قوى الشيخ رحمه الله الوجه الأول. وهذا واضح بعد القول بشمول قوله تعالى: **﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾** فإنّه لابدّ من الالتزام باللزوم من الطرفين وهكذا «المؤمنون عند شروطهم».

وأمّا النائيني رحمه الله بعد القول بفساد هذه المعاوضة وعدم صحتها لا صلحاً ولا بعنوان المعاملة المستقلة (لما مرّ عنه من عدم تحقق معنى المعاوضة، عدم ورود شيء مكان المال الذي يخرج عن المباح له وجواز الانتفاع من مال المبيع ليس شيئاً يمكن أن يقع في طرف خطيه؛ لأنّه حكم شرعي متّبّع على إباحة المبيع ولا يكون ملكاً كالعين والمنفعة. ومع عدم صدق المعاوضة عليها فلا يشملها شيء من العمومات لا دليل الصلح ولا دليل التجارة ولا عموم المؤمنون ولا شيئاً من الأدلة) قال: «ومنه يظهر سقوط التمسّك بالعمومات لإثبات لزومها أيضاً. وثمّ على تقدير الصحة فالتمسّك بالعموم لإثبات اللزوم حتّى من طرف المبيع لا يخلو عن الغرابة وإلا يصحّ

التمسّك لإثبات لزوم كلّ إباحة وهذا كما ترى، فإنّ المبیح ما التزم بشيء أصلًا^١.

وأورد عليه: بأنّا سلّمنا أنّ حقيقة الإباحة هي مجرد الإذن في التصرف مع بقاء حقّ جواز الرجوع ولكنّ الفرق واضح بين الإباحة الحاصلة من مجرد الإذن وبين الإباحة العقدية المعوضية، فالإباحة بالعنوان الأولي لا يترتب عليها إلّا الجواز أي عدم اللزوم وجواز الرجوع ولكنّها بالعنوان الثاني تقلب إلى عقد لازم؛ لاشتماله على اللزوم ومعه لا وجه لجواز الرجوع. مضافًا إلى أنّ ما أفاده من استلزم إثبات لزوم كلّ إباحة غريب منه؛ لأنّه لا يتضمن كلّ إباحة العوض، مع أنّا نبحث في المقام عن الإباحة المعوضية فقياسها مع الإباحة غير المعاوضية مع الفارق البين.

وأمّا المحقق الإيرواني بعد اختياره التفصيل (أي القول الثاني) وإنّه يحقّ الرجوع للمبیح دون الممکّ، قال: «ثم لزوم المعاملة إنما أن يراد منه لزومها تکلیفًا، بمعنى: أنه لا يجوز فسخ المعاوضة ويحرم فسخها، أو يراد منه لزومها وضعًا بمعنى: لا أثر لرجوعه في حلّ المعاملة وحرمة التصرف للمباح له... فاعلم أنه لا سبیل إلى الحكم باللزوم الوضعي، فإنّ جواز التصرف من المباح له بعد رجوع المبیح خلاف دلیل «سلطنة الناس» ودلیل «لا يحلّ...».

وأمّا اللزوم تکلیفًا فهو مقتضى الأدلة التي يستدلّ بها على صحة هذه المعاملة أعني: عموم **﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودَ﴾** و«المؤمنون عند شروطهم». ثم

١. المکاسب والبیع (للثانیني رحمه الله): ج ١، ص ٢١٨-٢١٩.

اعلم أنّ مجرد الرجوع عن الإباحة أو ترك الإباحة رأساً ليس فسخاً للمعاملة بل هو ترك للوفاء بها مع بقاء المعاملة على حالها، كأجير لم يعمل بما استأجر عليه بلا فسخ للمعاملة وكبائع لم يسلم للمشتري، والمستأجر في مثل هذا يستحقّ قيمة العمل الذي استحقّه بعقد الاجارة وفوّته عليه الأجير، فيرجع على الأجير بقيمة الإباحة التي ملكها عليه بالعوض وإنّما الفسخ للمعاملة هو الرجوع فيها وحلّ المعاملة وإن بقي على إباحتة، فيقول: فسخت المعاملة ولا يُبيح لك بالعوض نعم، أنا أُبيح لك مجاناً وقد عرفت أنّ القول بعدم نفوذ فسخه باطل وخلاف دليل «لا يحل ...» و«الناس مسلطون» فيبقى البحث في حرمة فسخه تكليفاً...، وممّا ذكرناه يظهر حكم صورة الإباحة بالإباحة وأنّ المعاملة لازمة تكليفاً من الطرفين وجائزه وضعاً.^١

ومحصّل كلامه: إنّ قاعدة اللزوم تقتضي اللزوم من جانب الممّلك الذي تتحقّق منه تملّك عوض الإباحة للمبيّع؛ حيث انتقل منه إلى المبيّع عوض الإباحة، فإذا رجع عنه نشكّ في زوال الملكية المحاصلة للمبيّع وعدمه ومقتضى الاستصحاب بقاء الملك، أمّا من ناحية المبيّع فإنّ معنى اللزوم وضعاً هو عدم نفوذ تصرّف المبيّع وصيروحة الإباحة الصادرة منه لازمة بحيث لورجع عنها المبيّع جاز للممّلك التصرّف في المال ولكن ثبوت حقّ التصرّف للمباح له ينافي دليل السلطنة ودليل «لا يحل» فيبطل اللزوم الوضعي وينتج منه ثبوت حقّ التصرّف للمبيّع.

١ . حاشية المكاسب (للايرياني ^{لله ولد}): ج ١، ص ٨٦.

أما اللزوم التكليفي فيبقى ثابتاً بمقتضى دلالة قوله: «المؤمنون عند شر وطهم» و﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾

وأورد عليه أولاً: أنه من التزم بعدم مشرعيّة دليل السلطنة، فعلى هذا تقدّيم دليل السلطنة وأيضاً دليل «لا يحلّ...» على الآية الشريفة **أوفواً...** و«المؤمنون عند شروطهم» يعدّ من التشريع بمعنى: أنه إذا تحقّق اللزوم التكليفي بدليل الشرط والوفاء فلابدّ من تحديد دائرة دليل السلطنة وتضعيفها حتى لو كان الأُمّ بالوفاء تكليفاً.

وثانياً: بعد التنرّل لا مجال لإفاده اللزوم التكليفي من الآية، بل إما أنه إرشاد إلى اللزوم أو التكليف بالوفاء، فعلى الأول: لا معنى للتفریق بين الوضع والتکلیف. وعلى الثاني: فالجواب هو أنّ إطلاق وجوب الوفاء حتى بعد الفسخ يقتضي اللزوم وحينئذ يكون مدلول الآية الكريمة وجوب الوفاء بالعقد بعد إنشاء الفسخ وقبله وهو اللزوم.

وثالثاً: لو سلّمنا أنّ مدلول الآية هو الأمر التكليفي فإنّه يعود الإشكال من أنّه لا يبقى بعد الفسخ عقد حتّى يجب الوفاء به.

وعلى الجملة: فالذى يبدو لنا بناءً على القول بشمول قوله تعالى:
﴿أَوْفُواً...﴾ للمقام فالقاعدة تقتضي عدم جواز الرجوع عن الإباحة كما قرأه
الشيخ أولاً نعم، لا يجوز التصرف في المال بالتصرفات الناقلة والمنافية عرفاً
وعقلاً للالتزام والتعهد.